

# Circulares, instrucciones y consultas de la Fiscalía General del Estado

(2009)

## **BOLETÍN DE INFORMACIÓN**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

---

**El Boletín no se solidariza necesariamente con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

---

ISSN: 1989-4767

Depósito Legal: M. 883-1958

NIPO: 051-10-003-3

---

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

# SUMARIO

	Página
<b>Instrucción 1/2009 sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores.....</b>	<b>4</b>
<b>Instrucción 2/2009 sobre aplicación del protocolo de conformidad suscrito por la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española.....</b>	<b>34</b>
<b>Instrucción 3/2009 instrucción sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención.....</b>	<b>59</b>
<b>Instrucción nº 4/2009 sobre la organización de las secciones de lo civil y del regimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.....</b>	<b>73</b>
<b>Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española.....</b>	<b>91</b>
<b>Protocolo de actuación para juicios de conformidad suscrito entre la fiscalía general del estado y el consejo general de la abogacía española.....</b>	<b>106</b>
<b>Consulta 1/2009 sobre algunos aspectos relativos a los expedientes de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados.....</b>	<b>115</b>
<b>Consulta 2/2009 acerca de si en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales según lo previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la ley de enjuiciamiento Criminal, debe excluirse el importe del iva del valor total del precio de venta al público.....</b>	<b>142</b>
<b>Circular 1/2009 sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento.....</b>	<b>165</b>

<b>Circular 2/2009 sobre la interpretación del término <i>regularizar</i> en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del código penal.....</b>	<b>188</b>
<b>Circular 3/2009 sobre protección de los menores víctimas y testigos.....</b>	<b>220</b>

## **INSTRUCCIÓN 1/2009**

### **SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PROTECCIÓN DE LAS SECCIONES DE MENORES**

1.- Ámbito funcional de las secciones de menores en materia de protección 2.- Tramitación de asuntos. Tipos de diligencias 3.- Índice de tutelas 4.- Llevanza de Registros Informáticos 5.- Coordinación con estamentos administrativos e integración en órganos consultivos 6.- Cuestiones estadísticas 7.- Juntas de Sección 8.- Composición. Reparto de trabajo 9.- Atención al público: Recepción de denuncias y evacuación de consultas de menores y ciudadanos en general 10.- Servicio de guardias 11.- Forma de los actos del Fiscal en el ámbito de protección 12.- Visados 13.- Supervisión de la situación de los niños en Centros y Unidades Penitenciarias 14.- Comunicaciones interorgánicas 15.- Tratamiento de la actividad del servicio de protección de las Secciones de Menores en las Memorias territoriales y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado

#### **I**

#### **1.- Ámbito funcional de las Secciones de Menores en materia de protección**

Las Secciones de Menores tienen un ámbito de actuación acotado legalmente en materia de responsabilidad penal de menores. Por contra, la asunción de competencias en materia de protección de menores no tiene una expresa cobertura legal, aunque tal configuración es perfectamente factible partiendo de las facultades organizativas atribuidas al Ministerio Fiscal.

La integración de las funciones de protección dentro del ámbito de actuación de las Secciones de Menores ha ido asumiéndose progresivamente: así, la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre ya consideraba tal asunción como aconsejable. El apartado tercero del art. 20 EOMF, dedicado al Fiscal de Sala Coordinador de Menores extiende sus competencias tanto al área de reforma como al de protección de menores, atribuyéndole las funciones de coordinación y supervisión de las Secciones de Menores. Por ese motivo, la Instrucción 3/2008, de 30 de julio *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* abogó definitivamente por la asunción de un esquema funcional en el que estas Secciones -aún admitiendo subdivisiones internas- abarcaran tanto los aspectos de reforma como los de protección. Tales subdivisiones, como expresa la Instrucción 3/2008 deben enmarcarse dentro de las facultades de organización interna de las Fiscalías, permitiendo que se repartan los cometidos de reforma y protección entre los Sres. Fiscales adscritos a la Sección de Menores, pero siempre en el triple entendimiento de que las competencias de ésta se extienden a los dos ámbitos de actuación, de que han de ejercitarse de forma coordinada y bajo la supervisión de un único Fiscal Delegado, y de que la Sección de Menores debe considerarse unificada.

La reseñada Instrucción 3/2008 desglosa las funciones que en materia de protección de menores deben asumir estas Secciones, partiendo de que no es factible desde una perspectiva de organización racional del trabajo que las Secciones aborden cualquier asunto en el que esté en juego el interés superior del menor, toda vez que el mismo aparece en una pluralidad de procedimientos que harían disfuncional su atribución a una Sección específica de la Fiscalía. Ello debe entenderse sin perjuicio de la necesaria relación de coordinación que la Sección de Menores debe establecer con otras Secciones (Extranjería, Civil, Contencioso Administrativo, Penal etc.). En todo caso, desde el respeto a los contenidos mínimos que la Instrucción 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala*

*Coordinador de Menores y las Secciones de Menores* perfila, es dable – dependiendo de las circunstancias concretas de cada Fiscalía- que las Secciones asuman el despacho de otros asuntos no expresamente previstos en los que deba ponderarse el superior interés del menor. Así debe interpretarse el punto 15 del epígrafe III.-4 de la referida Instrucción, que como cláusula de cierre incluía entre las funciones de las Secciones *la de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor.*

Puede por ello decirse que las Secciones de Menores deben asumir las funciones de protección del menor, aunque ha de partirse de que no las asume en régimen monopolístico, toda vez que -en principio- no intervendrá en los procesos civiles matrimoniales, de filiación, y de jurisdicción voluntaria respecto de menores que no se encuentren en situación de riesgo o desamparo.

Claro es que las consideraciones de esta Instrucción no son de aplicación a la Sección de Menores de la Audiencia Nacional, que por sus especialidades centra su ámbito funcional en el área de responsabilidad penal del menor.

## II

Desde la Circular 3/1984, de 25 de junio se venía reclamando del Ministerio Público la facultad y obligación de interesarse por los menores en situación de desamparo, incluso cuando las competencias de protección estaban atribuidas a los Tribunales Tutelares de Menores, obligación recordada por la Instrucción 2/1986, de 25 de noviembre, que subrayaba que el gran problema de la defensa de los derechos de los menores, muchas veces víctimas inocentes de condiciones de explotación, corrupción o abandono, ha

sido y es una de las misiones que el Ministerio Fiscal ha asumido con mayor entusiasmo.

El Legislador ha ido encomendando expresamente al Ministerio Fiscal importantes funciones en el sistema de protección de menores, atribuciones que se han incrementado especialmente tras la reforma del Código Civil operada por Ley 21/1987, de 11 de noviembre y tras la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM). El celo con el que las Fiscalías abordan estos cometidos se refleja en sus Memorias, en las que puede detectarse una progresiva ampliación de los ámbitos de actuación del Ministerio Público, de modo que podría decirse que desbordando su núcleo funcional - relativo a la supervisión de las actuaciones administrativas en los supuestos de desprotección y conflicto social- son pocos los problemas con dimensión jurídica que afectan a los menores, como colectivo más vulnerable de la sociedad, que puedan quedar *extra muros* de las preocupaciones de la Institución.

Tradicionalmente, sin embargo, se ha puesto de relieve que tales asignaciones funcionales no van acompañadas de las necesarias reformas orgánicas y dotaciones materiales, lo que en ocasiones ha propiciado un desempeño de las mismas alejado de los postulados de celeridad y eficacia que necesariamente debieran presidir su actuación al atender las peticiones, reclamaciones y requerimientos que se le formulan por entidades públicas o por particulares. Incluso en ocasiones se ha podido observar la relajación en el cumplimiento de las obligaciones para con el Fiscal por parte de las Entidades Públicas de Protección de Menores, espectadoras de excepción del desbordamiento competencial del Ministerio Público.

Es claro que estas situaciones han de quedar como meras disfunciones del pasado, debiendo ser erradicadas a través de una nueva organización. Las



Entidades Públicas de Protección de Menores deben tener claro sus obligaciones para con el Ministerio Fiscal en el cumplimiento de su función supervisora.

La presente Instrucción no pretende abordar en detalle las pautas de actuación y líneas interpretativas a defender por el Fiscal en cada una de las áreas de protección que se le encomiendan. Tal cometido se abordará en sucesivos instrumentos con la necesaria amplitud y rigor. Su objetivo es más modesto pero no menos importante: establecer los principios organizativos sobre los que construir el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores.

## **2.- Tramitación de asuntos. Tipos de diligencias**

La reforma introducida por Ley 14/2003 en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal introdujo en el art. 5 una norma de cobertura para una pluralidad de actuaciones que debe llevar a cabo el Ministerio Fiscal en ámbitos dispersos y para las que no se contaba con soporte formal alguno. En efecto, el art. 5 EOMF *in fine* dispone que *también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.*

Esta previsión permite al Fiscal contar con un soporte procedimental para desplegar cuando considere conveniente un examen preliminar de un asunto perteneciente a cualquier jurisdicción antes de llegar a “promover la acción de la justicia”.

Ya la Instrucción 2/2006, de 15 de marzo *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidación y propia imagen de los menores* hacía uso de

*esta nueva habilitación estableciendo que quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.*

También la Circular 2/2006, de 27 de julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España postulaba esta vía procedimental para encauzar las actuaciones relativas a la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. Últimamente hace lo propio la Instrucción 4/2008, de 30 de julio en relación con la protección de las personas discapaces.

Este mismo esquema es trasladable a múltiples cometidos del Ministerio Fiscal, especialmente en materia de preparación de demandas civiles para las que está legitimado, tales como la promoción jurisdiccional de medidas en protección de menores. Incluso éste será el soporte de los expedientes de protección en los que se supervisan las medidas adoptadas por las Entidades Públicas de Protección de Menores, que si bien normalmente no desembocan en actuaciones procesales, potencialmente puede predicárseles tal carácter preprocesal.

En este tipo de diligencias concurren una serie de singularidades que las separan del régimen común de las Diligencias de Investigación. Coherentemente, su tratamiento debe ser distinto, tanto en aspectos adjetivos (denominación, registro y numeración), como en aspectos materiales, básicamente en cuanto a que deben por su propia naturaleza extrapenal relajarse los principios de contradicción y de defensa.

Tampoco tales diligencias deberán entenderse sometidas al plazo máximo de duración de seis meses, no siendo consecuentemente necesaria la petición de prórroga a la Fiscalía General del Estado cuando se rebase dicho periodo legal. Esta exención del sistema de petición de prórroga en ningún caso habrá de interpretarse como una atenuación en la celeridad que debe necesariamente inspirar a los Sres. Fiscales en la tramitación de las Diligencias Preprocesales.

A través de la regulación de las Diligencias Preprocesales se dará cauce: 1) a los expedientes de protección que se inicien con la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la declaración de desamparo y correlativa asunción de tutela de un menor, para a través de ellos supervisar, hacer un seguimiento de las medidas adoptadas, y eventualmente promover las actuaciones jurisdiccionales que pudieran ser necesarias en interés del menor (expedientes de protección de menores tutelados); 2) a los expedientes de protección que se incoen como consecuencia de la comunicación de la Entidad Pública de Protección de Menores de la asunción por la guarda de un menor (expedientes de protección de menores bajo medida de guarda) y 3) a los expedientes de protección que se abran ante la recepción por cualquier medio de la *notitia* de la existencia de un menor en situación de riesgo, y que conforme a las previsiones legales (art. 16 LOPJM) deban ser verificadas (expedientes de protección en investigación). En este punto debe hacerse la salvedad de que cuando tal noticia sea relativa a hechos que puedan ser constitutivos de delito, lo que habrá de incoarse -si todavía no se ha abierto causa judicial-, serán unas Diligencias de Investigación.

Es importante que en la llevanza de todos estos expedientes y en base al principio de impulso de oficio, se establezcan sistemas de control y revisión periódica, con el fin de evitar paralizaciones en la tramitación. Especialmente recomendable será la utilización de sistemas informáticos de aviso de

revisiones periódicas. Los Expedientes de Protección iniciados con la comunicación de la asunción de la tutela automática o de la guarda deben en todo caso revisarse cada seis meses, para comprobar si la Entidad Pública ha remitido el correspondiente informe de seguimiento, informe que deberá contener datos precisos sobre la evolución del menor a fin de que el Fiscal pueda cumplir sus cometidos legales de efectiva supervisión.

Deben superarse los silencios administrativos u omisiones en la emisión de informes y habrán de rechazarse los escritos estandarizados carentes de información. Los Sres. Fiscales cuidarán de que tanto en los informes ordinarios semestrales como en los extraordinarios que en cualquier momento puedan solicitarse, la Entidad Pública de Protección de Menores haga referencia al menos a los siguientes extremos: a) lugar de residencia del menor tutelado o sometido a guarda; b) estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el menor; c) actividades formativas desarrolladas; d) actuaciones practicadas en pro de su inserción en la familia biológica o, en su defecto, perspectivas de inserción en familia alternativa.

También habrá de exigirse que los escritos en los que la Entidad Pública conteste a requerimientos de información sobre menores en situación de riesgo sean suficientemente expresivos de las circunstancias concurrentes en cada caso y sobre las medidas adoptadas o, en su caso, sobre las causas por las que no procede la adopción de las mismas.

### **3.- Índice de tutelas**

El denominado “índice de tutelas” se menciona en el artículo 23 LOPJM que dispone que para el ejercicio de la función de vigilancia de la tutela que

atribuyen al Ministerio Fiscal los arts. 174 y 232 del Código Civil, se llevará en cada Fiscalía un Índice de Tutelas de Menores.

El índice de tutelas debe contener el listado de todos los menores que en la respectiva provincia se encuentran bajo la tutela de la Comunidad Autónoma.

Consecuentemente, la primera comunicación en la que la Entidad Pública pone en conocimiento del Fiscal la asunción de la tutela sobre un menor habrá de dar lugar a la práctica del correspondiente asiento en dicho Índice de Tutelas.

Cuando un expediente se archive conforme a Derecho, correlativamente habrá de cancelarse el correspondiente asiento del índice de tutelas.

A tales efectos, habrá de entenderse que el expediente se archiva conforme a Derecho cuando en los casos de tutela automática concorra alguno de los siguientes supuestos: revocación por desaparición de las causas que motivaron la declaración de desamparo; constitución de la tutela ordinaria; adopción; emancipación; mayoría de edad; fallecimiento del menor y traslado del expediente del menor a otra Comunidad, con la correlativa asunción por ésta de la tutela.

Al índice no deben tener acceso los menores en situación de riesgo, salvo, lógicamente, que su situación pase a ser la de menores tutelados.

En los supuestos en los que el Fiscal haya dado cuenta a la Entidad Pública de una situación de posible riesgo o desamparo en un menor, deberá en todo caso recibir una respuesta fundada sobre las medidas adoptadas, que

en caso de generar la asunción de la tutela o de la guarda implicará la práctica del correspondiente asiento.

En el propio índice de tutelas debe figurar el número del expediente de protección asignado al menor, de manera que su consulta permita una rápida localización de toda la documentación e informes que de cada menor consten en Fiscalía.

#### **4.- Llevanza de Registros Informáticos**

El servicio de protección de las secciones de menores deberá llevar los siguientes registros, en soporte informático: 1) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la tutela automática por la Entidad Pública 2) Registro de expedientes abiertos tras la comunicación de la asunción de la guarda por la Entidad Pública 3) Registro de procesos judiciales relativos a impugnaciones de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000). 4) Registro de procesos judiciales relativos a adopciones 5) Registro de procesos judiciales relativos a acogimientos 6) Registro de expedientes de protección abiertos a menores para verificar posibles situaciones de riesgo 7) Registro de intervenciones en medidas urgentes conforme al art. 158 CC para apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios 8) Registro de expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos (Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, *por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos*) y en investigaciones que implican procedimientos invasivos sin beneficio directo (Ley 14/2007, de 3 de julio, *de Investigación biomédica*). 9) Registro de intervenciones en defensa de los derechos fundamentales de los menores, (en especial ante lesiones a la intimidad y propia imagen de menores, ante la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación cuando ésta

impida o perjudique el desarrollo integral del menor, ante internamientos de menores en centros psiquiátricos (arts. 4, 7.2 LOPJM y 763.2 LEC 2000) y acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita dirigida a menores (art. 5.5 LOPJM). 10) Registro de intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC). 11) Registro de diligencias de determinación de edad de menores extranjeros, en caso de ser llevadas por la Sección (vid. epígrafe VI.-3, punto 7 de la Instrucción 5/2007, de 18 de julio). 12) Registro de actas sobre las visitas periódicas a Centros de Protección de Menores (art. 21.4 LOPJM); 13) Registro de actas sobre visitas a Centros Penitenciarios para supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios. 14) Registro de visitas (vid. *infra*, epígrafe 9); 15) Demás libros derivados de otras materias análogas o conexas con las anteriores, orientadas a garantizar la efectividad del superior interés del menor que la Sección de Menores asuma (vid. epígrafe III.-4 nº 15 de la Instrucción 3/2008).

Además, se conservarán debidamente archivadas las copias de las actas de las visitas a los Centros de Penitenciarios y a los Centros de Protección.

La creación y gestión del índice de tutelas como de los demás Registros previstos en la presente Instrucción, gozan, a efectos de las exigencias establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*, de la cobertura que le proporciona la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2001, de 21 de diciembre, sobre *Ficheros automatizados de Datos Personales Gestionados por el Ministerio Fiscal*.

## **5.- Coordinación con estamentos administrativos e integración en órganos consultivos**

El Comité de los Derechos del Niño ha promovido la necesidad de coordinación de los poderes públicos a fin de garantizar la aplicación efectiva de la Convención de los Derechos del Niño, para hacer que las obligaciones dimanantes de la Convención sean reconocidas no sólo por los principales departamentos cuyas actividades tienen considerables repercusiones sobre los niños sino también por todos los poderes públicos en general.

Las conclusiones de las Jornadas sobre “aplicación de las medidas de protección de menores”, para Fiscales, Jueces y Entidades Públicas de 3 de octubre de 1997 ya proponían la instauración en los distintos ámbitos territoriales de Comisiones de Coordinación de la Protección de Menores, en las que podrían participar cuantas instituciones estén implicadas en la protección de los mismos.

Desde la perspectiva del Ministerio Fiscal debe partirse de que es imprescindible mantener reuniones periódicas con los distintos estamentos administrativos encargados de la protección y promoción de los derechos de los menores.

En efecto, las relaciones con la Administración son esenciales en la esfera de protección de menores, en la que los contactos y comunicaciones deben ser continuos, con la correspondiente exigencia de fluidez, sin perjuicio de la necesidad de preservar la necesaria autonomía imprescindible para ejercer correctamente las funciones de supervisión que el ordenamiento atribuye al Fiscal respecto de la actividad administrativa.



Además de realizar todos los actos de comunicación a que legalmente vienen obligados tanto las Entidades Públicas como el Ministerio Fiscal, es necesario el intercambio de informaciones puntuales para dar solución a las situaciones que exijan la adopción de medidas urgentes. En efecto, esta comunicación más allá del mero cumplimiento de las obligaciones de supervisión semestral puede ser esencial para aunar criterios de actuación, así como para solventar las posibles discrepancias existentes, trasladar de primera mano las dificultades surgidas en actuaciones específicas y para fomentar la búsqueda común de soluciones.

Una vía adecuada a tales fines es la de mantener de forma periódica reuniones de trabajo del Delegado de Menores de Fiscalía con el Director o Delegado Provincial competente en protección de menores para analizar casos problemáticos.

Otra posible vía es la integración del Delegado de Menores de Fiscalía en comisiones constituidas *ad hoc*. A estos efectos debe recordarse el cambio operado en las directrices que al respecto se han impartido desde la Fiscalía General del Estado. En una primera fase, por oficio del Fiscal Inspector de 2 de noviembre de 2004 se informó a la Fiscalía de Palencia y al resto de las Fiscalías de Castilla y León que ningún representante del Ministerio Fiscal debía integrarse en los denominados Consejos Provinciales, entendiéndose que “el imparcial ejercicio de la función de vigilancia del Ministerio Fiscal” no podía quedar comprometido por “la integración de sus miembros en órganos administrativos de consulta y asesoramiento de la Entidad Pública cuya actividad en defensa de los menores debe legalmente supervisar”.

En una segunda fase, en 2005, estos criterios fueron objeto de revisión. Así, el Consejo Fiscal, en su pleno de 13 de julio de 2005 acordó informar favorablemente la cuestión de compatibilidad del Fiscal Delegado de la Sección

de Fiscalía de Menores de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana para formar parte del Observatorio de la Comunidad Valenciana de Inserción Socio-Laboral de Menores y Jóvenes, de los Sistemas de Protección y Reeducción de Menores.

Los nuevos criterios se plasman en el reciente oficio de fecha 14 de febrero de 2006, en el que el Fiscal Inspector da cuenta de la nueva orientación favorable a este tipo de intervenciones siempre que se cumplan dos condiciones: la necesaria naturaleza pública de los organismos en que el Fiscal se integre y que dicha actuación del Fiscal, de naturaleza altruista, sea comunicada a la Fiscalía General a fin de determinar si puede, por la naturaleza de las funciones a desarrollar, quedar comprometida la independencia en la actuación del Ministerio Fiscal, pues si bien es evidente que las Comunidades Autónomas no puede imponer funciones al Ministerio Fiscal a través de sus normas, no lo es menos que el Fiscal debe intervenir en la protección de los intereses cuya tutela le está encomendada. En el caso analizado se autoriza la designación de dos Fiscales de la Audiencia Provincial de Jaén para intervenir en la Comisión Provincial de Absentismo Escolar y en el Consejo Provincial de la Infancia, “habida cuenta de que tal actuación del Fiscal no viene impuesta, sino que es solicitada por la Comunidad”, correspondiendo la designación al Fiscal Jefe.

La nueva redacción del art. 11.3 EOMF aporta -si cabe- mas base a las posibilidades de colaboración del Ministerio Fiscal con otras instancias administrativas.

## **6.- Cuestiones estadísticas**

La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General nº 5 del Comité de los Derechos del Niño sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. No solo deben establecerse sistemas eficaces para recabar datos, sino también hacer que los datos recopilados sean evaluados y empleados para detectar los problemas e informar sobre la evolución de las políticas relativas a la infancia.

Hasta la fecha, la Memoria de la Fiscalía General del Estado contenía datos estadísticos individualizados sobre proceso penal de menores. Los datos relativos a protección de menores aparecían de forma incompleta, sin autonomía, e integrada en el cuadro relativo a “actuación civil y mercantil”. Dentro de ellos aparecían los siguientes epígrafes: tutelas, adopciones, acogimientos y jurisdicción voluntaria de menores.

Integrado el servicio de protección dentro de las Secciones de Menores, es necesario dotar de autonomía estadística a las cifras generadas en esta área. Por ello se extraerán del cuadro relativo a “actuación civil y mercantil” las tutelas automáticas, las adopciones y los acogimientos. Debe mantenerse dentro de la “actuación civil y mercantil” la jurisdicción voluntaria de menores, dentro de la cual se integraría, entre otras, la enajenación de bienes de menores o la constitución de tutela ordinaria sobre menores no desamparados, materias éstas que -en principio y como regla general, salvo que la Sección de Menores lo asuma dentro de las potestades autorganizativas de cada Fiscalía (vid. epígrafe III.-4 nº 15 de la Instrucción 3/2008)- no entran dentro de las competencias del área de Protección de Menores.

Consiguientemente, las secciones de menores, dentro del área de protección, habrán de elaborar un cuadro estadístico para su posterior integración en la estadística de la Fiscalía General del Estado sobre las siguientes materias:

- 1) Expedientes de tutela automática incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.
- 2) Expedientes de guarda incoados tras la comunicación de la Entidad Pública.
- 3) Expedientes de protección abiertos a menores en situación de riesgo (vid. epígrafe III.-4.3 de la Instrucción 3/2008).
- 4) Intervención en procedimientos judiciales de impugnación de medidas protectoras acordadas por las Entidades Públicas respecto de menores (art. 749.2 LEC 2000). 3.1) A instancias del Fiscal; 3.2) A instancias de particulares.
- 5) Expedientes abiertos para proteger los derechos de los menores en supuestos de ensayos clínicos.
- 6) Intervención en procesos judiciales relativos a adopciones.
- 7) Intervención en procesos judiciales relativos a acogimientos.
- 8) Intervenciones en procedimientos en defensa de los derechos fundamentales de los menores.
- 9) Intervenciones en procesos sobre sustracción internacional de menores (art. 1902 anterior LEC).
- 10) Número de visitas de inspección a Centros de Protección de Menores realizadas durante el año (art. 21.4 LOPJM).

## **7.- Juntas de Sección**

La Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre *sobre aspectos organizativos de las secciones de menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LO*

5/2000 instituyó las Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores como órganos distintos de las Juntas de Fiscalía.

Tal Junta sectorial será convocada para tratar cuestiones organizativas o doctrinales tanto de reforma como de protección y derechos fundamentales de menores a la vista de la nueva estructuración unificada inaugurada por la Instrucción 3/2008, de 30 de julio.

En el seno de estas Juntas y por lo que hace a protección habrán de abordarse problemas tales como reparto de trabajo dentro de la Sección de Menores, programas anuales de objetivos, revisión de normas de buenas prácticas, análisis de asuntos concretos de especial dificultad o trascendencia, etc.

De tales Juntas habrá de levantarse la correspondiente Acta que será remitida al Fiscal-Jefe, como superior jerárquico, para su conocimiento y efectos.

## **8.- Composición. Reparto de trabajo**

En cuanto a la composición y el reparto de trabajo dentro del servicio de protección de las secciones de menores, el principio básico ha de ser en esta materia el de dejar a las facultades autoorganizativas de cada Fiscalía el concreto diseño e integración del Servicio, siempre con respeto a la premisa de la dirección del mismo por parte del Delegado de la Sección de menores.

Dentro de este marco, cabrá, pues, atendiendo a criterios cuantitativos, cualitativos y de eficacia y racionalización del trabajo, adscribir alguno o algunos de los Fiscales de la Sección de Menores al despacho de los asuntos

de protección (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales) o repartir estos asuntos entre todos o la mayoría de los Fiscales de la Sección.

En todo caso será preceptivo que al menos dos Fiscales de la Sección participen en la llevanza de los asuntos de protección, con el fin de generar continuidad en el Servicio sin que vacaciones u otras licencias o permisos puedan afectar al buen funcionamiento del mismo.

Será preceptivo, además de la ágil y rigurosa emisión de informes, remisión de documentación o petición de información, la asistencia a las vistas derivadas de los procesos judiciales de protección y derechos fundamentales. El Delegado de la Sección adoptará a tales efectos las oportunas provisiones.

#### **9.- Atención al público: Recepción de denuncias y evacuación de consultas de menores y ciudadanos en general**

Las Secciones de Menores se han constituido en un auténtico referente social, habiendo calado en el ciudadano el trascendental despliegue funcional que los Fiscales llevan a cabo en protección de los menores.

Desde esa perspectiva, viene siendo habitual que las Secciones de Menores reciban numerosas visitas de personas que acuden a la Fiscalía a poner de manifiesto situaciones que sin ser delictivas consideran atentatorias contra los derechos de los menores.

A tales efectos debe tenerse en cuenta que algunos preceptos amparan con carácter específico esta dimensión de la actuación del Fiscal. El art. 10.2b) LOPJM dispone que *para la defensa y garantía de sus derechos el menor*

*puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.*

La Disposición Adicional Tercera, apartado primero de la LOPJM también prevé en relación con las tutelas, curatelas o guardas que tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

La nueva redacción del art. 172 CC, tras la reforma operada por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de Adopción internacional* dispone que aunque pasado el plazo legal decaerá el derecho de los padres de solicitud u oposición a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor, no obstante podrán facilitar información a la entidad pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que dieron lugar a la declaración de desamparo.

Las anteriores consideraciones exigen la necesaria puesta en marcha por parte de la Sección de Menores de un servicio o turno de atención al ciudadano, a prestar por uno de los Fiscales integrado en la Sección. El Delegado de Menores, previo análisis en la Junta de Menores, será competente para determinar turnos, horarios de atención al público, exigibilidad o no de previa petición de cita etc.

Las visitas que se reciban deberán ser anotadas en registro informático específico.

## **10.- Servicio de guardias**

El servicio de guardia de menores, además de las prescripciones contenidas en la Instrucción 2/2000, de 27 de diciembre, habrá de atender a las incidencias -dentro de las competencias atribuidas al Fiscal- que se produzcan dentro del área de protección.

## **11.- Forma de los actos del Fiscal en el ámbito de protección**

Pese al gran número de dictámenes e informes que deben en este ámbito emitirse, han de observarse escrupulosamente las obligaciones contenidas en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*, en especial lo relativo a que los actos del Ministerio Fiscal, ya se formalicen por escrito, ya por medio de informe oral, deberán cumplir, como regla general, desde el punto de vista sustantivo, con la necesaria exigencia de motivación, proporcionada a la entidad del acto, y desde el punto de vista formal, con unos mínimos básicos de pulcritud, claridad e inteligibilidad; en los informes escritos, en los que no podrá utilizarse la forma manuscrita, habrá de estar identificado nominalmente el Fiscal interviniente.

## **12.- Visados**

Como regla general en materia de protección, teniendo en cuenta las singularidades de cada expediente y la necesidad de impulsar la celeridad, no será necesario el visado de los dictámenes o escritos que puedan presentarse. Ello debe entenderse sin perjuicio de que cuando el Fiscal interviniente considere el asunto de especial trascendencia o novedad, dé cuenta al Delegado de la Sección y que éste, la vista de las circunstancias concurrentes,



pueda optar por interesar del Fiscal actuante que se le de traslado para visado de los sucesivos informes que se emitan en la causa o expediente.

### **13.- Supervisión de la situación de los niños en Centros y Unidades Penitenciarias**

En el ámbito del Consejo de Europa esta materia ya suscitó su interés, que se plasmó en la Recomendación R(2000)1469 *sobre las madres y los recién nacidos en prisión*.

La reciente Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) en su punto 16 *subraya la necesidad de que el sistema judicial vele por el respeto de los derechos del niño al examinar las cuestiones relacionadas con el encarcelamiento de la madre* y en su punto 24 *pide a los Estados miembros que faciliten la reagrupación familiar y, en particular, las relaciones de los progenitores encarcelados con sus hijos, a menos que sean contrarios a los intereses de estos últimos, mediante la creación de estructuras de acogida cuya atmósfera sea diferente a la del marco carcelario y que permitan actividades comunes así como un contacto afectivo apropiado*.

La Instrucción 3/2008 en el nº 33 de su apartado III.-4 3) al desgranar los cometidos de la Sección de Menores en materia de protección y derechos fundamentales asumía el de supervisar la situación de los menores que permanezcan con sus madres en Centros Penitenciarios.

En cumplimiento de esta función, el Delegado de la Sección de Menores se coordinará con los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria para que en las visitas que éstos realicen a los Centros Penitenciarios en los que existan Unidades de madres, les acompañe un Fiscal de Menores con la periodicidad que se estime necesaria. Del mismo modo visitarán las Unidades Dependientes y las Unidades Externas. De la visita a dichas Unidades se levantará la correspondiente acta.

Como principio general y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4º del art. 17 RP *en los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél*

A tales efectos debe recordarse la Instrucción 2/1990, de 8 marzo *sobre protección de los menores ingresados en Centros Penitenciarios de Mujeres con sus madres presas.*

En esta Instrucción, que debe considerarse vigente en lo no afectado por las modificaciones operadas en la normativa penitenciaria, y en lo no incompatible con la presente, se establecen una serie de cometidos que deben entenderse asumidos por las Secciones de Menores.

En extracto la Instrucción postula, por lo que ahora interesa, además de visitar estos departamentos, lo siguiente:

- Las disposiciones sobre desamparo pueden ser también de aplicación a menores internados en Centros Penitenciarios de Mujeres;
- Los Fiscales deberán instar de las Entidades Públicas la extensión de las medidas de protección a los niños ingresados en los Centros Penitenciarios, facilitándoles la tarea en todo lo que sea posible;

-Sólo podrán permanecer ingresados en los Centros Penitenciarios los hijos de las internas que justifiquen fehacientemente la filiación. Todos los demás niños ingresados en los Centros Penitenciarios, cuya filiación no pueda ser justificada o sea desconocida, se deberán poner a disposición de la Entidad Pública, a fin de que les sean aplicadas las medidas de protección de la Ley 21/87, de 11 de noviembre;

- En caso de tener que separar al hijo de la madre, se deberá fijar el régimen de visitas, la periodicidad y duración, dando cuenta de ello al Fiscal, quien cuidará de que éstas se lleven a cabo y no quede el niño privado de la relación con su madre, a no ser que esto sea valorado como contraproducente. Estas actuaciones se llevarán a cabo bajo la vigilancia del Fiscal, debiendo recurrir resoluciones que no se consideren legítimas o sean perjudiciales para el menor.

Las Secciones de Menores habrán en definitiva, de velar por el efectivo cumplimiento de la legalidad penitenciaria en materia de menores y por la preservación de su superior interés, debiendo a tales efectos recordarse aquí que el art. 38.2 LOGP en su nueva redacción dada por LO 13/1995 de 18 diciembre dispone en su párrafo primero que “las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil”.

El mismo precepto, en su párrafo segundo establece que “la Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad”.

El apartado tercero del art. 38 LOGP establece que reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará al régimen organizativo de los establecimientos.

El Reglamento Penitenciario desarrolla este precepto en su art. 17, que por lo que ahora interesa dispone en su apartado primero que la Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

Cohonestando esta puesta en conocimiento con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso necesario, esto es, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que la situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que ésta evalúe el caso e informe si la medida es o no conveniente para el menor.

El apartado segundo de este precepto establece que las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

Armonizando de nuevo esta previsión de solicitud de opinión del Fiscal con las disposiciones de la Instrucción 2/1990, debe interpretarse que en estos supuestos el Fiscal, en caso necesario, y antes de dar su opinión, cuando estime que no queda suficientemente acreditado que dicha situación no entraña riesgo para los menores, dará traslado a la Entidad Pública para que, en uso de las facultades del artículo 172 CC, evalúe el caso e informe si tal medida es o no conveniente para el menor, o si lo conveniente es que permanezca con los parientes con los que residía, su tutela u otra medida adecuada.

Los Sres. Fiscales habrán igualmente de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del apartado quinto del art. 17 RP, en relación con la obligación de la Administración Penitenciaria de disponer para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades médico-sanitarias, de salidas y de régimen general que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

Del mismo modo habrán de cuidar los Sres. Fiscales de que, de acuerdo con el apartado sexto del precepto de referencia, se fomente por la Administración Penitenciaria la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las unidades de madres o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años, celebrando los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los niños.

La Instrucción 2/1990 establecía también que el Fiscal debía solicitar de los Centros Penitenciarios las listas de los niños allí ingresados, con su filiación

y nombre de la interna con las que se encuentran, su edad y altas y bajas, listas que deberá incluir en su informe a la Fiscalía General.

Aunque la práctica habitual es la de que tales listados se remiten a las Secciones de Menores de las Fiscalías, en caso de que efectivamente se constate algún retraso en la remisión, los Sres. Fiscales oficiarán al Centro Penitenciario para que dé debido cumplimiento a tal previsión.

A estos efectos debe tenerse que en la actualidad existen ocho centros con Unidades de Madres, que son los de Albolote (Granada), Alcalá de Guadaira (Sevilla), La Moraleja (Palencia), Madrid V y Madrid VI, Mallorca, Teixeiro (A Coruña) y Valencia Preventivos. En el Centro Madrid VI (Aranjuez) existe también un Módulo Mixto (art. 168 RP), que permite la convivencia entre ambos progenitores y su hijo común.

Del mismo modo existen siete Unidades Dependientes (art. 80.4 RP), que se caracterizan por ubicarse fuera de prisión, destinarse a internas en tercer grado, gestionarse en colaboración con Organizaciones no Gubernamentales y depender del Correspondiente Centro Penitenciario. Estas Unidades Dependientes son en la actualidad siete: Albolote (Granada, gestionada por Romper Cadenas), Alcalá de Guadaira (Sevilla, gestionada por Nuevo Futuro), Madrid V (Nuevo Futuro), Madrid VI (Horizontes Abiertos), Tenerife (Cruz Roja) Valencia CIS Malvarrosa (Generitat) y Valencia CIS Rocafort (Nuevo Futuro).

Debe tenerse en cuenta que pese a no contar con Unidades de Madres, en determinados Centros Penitenciarios pueden convivir con sus madres transitoriamente niños menores. Son los casos de los Centros Penitenciarios de Algeciras, Badajoz, CIS Victoria Kent, Huelva, Jaén, Las Palmas, Madrid I, Málaga, Pamplona, Sevilla, Tenerife, Topas, Villabona y Zuera.

Además está prevista la inmediata puesta en marcha en el año 2009 de las denominadas Unidades Externas de Madres, situadas fuera de los Centros Penitenciarios y en las que podrán ubicarse también internas clasificadas en segundo grado de cumplimiento. Las Unidades aprobadas son las de Palma de Mallorca, ya inaugurada, y las de Sevilla, Yaserías (Madrid), Canarias y Valencia. Estas Unidades Externas quedan sometidas a las disposiciones de los arts. 178 al 182 inclusive del Reglamento Penitenciario.

Los Sres. Fiscales interpretarán las reglas sobre el tiempo máximo de permanencia de los menores con sus madres en Unidades Penitenciarias con la necesaria flexibilidad, a la luz del principio del superior interés del menor, teniendo en cuenta que en determinadas situaciones (ej. cumplimiento de la edad antes de acabar el curso), una aplicación rígida de la norma podría suponer un grave quebranto de los derechos de los menores. A tales efectos, debe tenerse presente que la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de marzo de 2008, sobre la situación especial de las mujeres en los centros penitenciarios y las repercusiones de la encarcelación de los padres sobre la vida social y familiar (2007/2116(INI)) considera que *al adoptar decisiones relativas a la separación o a la permanencia con el progenitor encarcelado, se debe tener siempre en consideración el interés superior de los menores.*

Habrà de tenerse igualmente en cuenta que en ocasiones, los Servicios Sociales Penitenciarios disponen de una información privilegiada tanto de las madres internas embarazadas y de su familia extensa como de la situación en la que va a quedar el menor que por razón de edad tenga que salir del Centro Penitenciario. Teniendo presente la calidad de estas informaciones y el hecho de que con relativa frecuencia ponen de manifiesto situaciones de grave riesgo o de desamparo, los Sres. Fiscales, en su función de superiores vigilantes de la actuación de las Entidades Públicas Protectoras de Menores, cuidarán de que

éstas adopten las medidas de protección en cada caso pertinentes con la celeridad que la situación concreta reclame.

Los Sres. Fiscales verificarán igualmente que se respeta el derecho a la escolarización de estos menores, requiriendo en su caso de la Administración las medidas procedentes, teniendo en cuenta la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran los mismos.

#### **14.- Comunicaciones interorgánicas**

Cuando los Sres. Fiscales tuvieran conocimiento de la comisión de infracciones administrativas en las que se lesionen intereses de menores (*ad exemplum*, infracciones en materia laboral en relación con trabajadores menores de 18 años, infracciones en materia de espectáculos públicos, infracciones en materia de expendición de alcohol y tabaco), remitirán el correspondiente oficio al ente u órgano administrativo competente para la imposición de sanciones, a los efectos que procedan en Derecho.

Ya la Instrucción 10/2005 ponía de manifiesto que si bien no existe una norma general expresa al respecto y solamente en casos concretos la ley prevé que el Ministerio Fiscal comunique a la autoridad administrativa extremos de los que tengan conocimiento y de los que puedan derivarse consecuencias administrativo-sancionadoras, cabe de esta regulación fragmentaria extraer un principio general de comunicación interorgánica o interinstitucional, asumido por la Fiscalía General del Estado (vid. Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 4/1991 de 13 de junio, 2/1999 de 17 de mayo, y 1/2003, de 7 de abril, todas ellas en materia de tráfico; Instrucciones 7/1991, de 11 de noviembre y 1/2001, de 9 de mayo, en materia de siniestralidad laboral; Consulta 2/1996 de 19 de febrero, en materia de defraudaciones a la Seguridad Social o Circular



1/2002, de 19 febrero, en materia de extranjería). El fundamento de estos actos de comunicación radica en última instancia en que el Derecho administrativo sancionador y Derecho Penal son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, derivadas del art. 25 CE (STC 18/1981, de 8 de junio) y en la función de defensa de la legalidad que el art. 124 CE atribuye al Fiscal. En el ámbito de menores, a este fundamento habría de adicionársele el de la necesidad de preservar el superior interés del menor, necesidad que impone a todas las autoridades e instancias con competencias en la materia la obligación de adoptar las medidas procedentes dentro de su órbita funcional y el deber de actuar coordinadamente entre sí.

#### **15.- Tratamiento de la actividad del servicio de protección de las Secciones de Menores en las Memorias territoriales y en la Memoria de la Fiscalía General del Estado**

La gran trascendencia de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, hace necesario que sea objeto de obligado tratamiento en las Memorias de las Fiscalías para su ulterior reflejo en la Memoria de la Fiscalía General del Estado. Tal obligación se plasmará en el informe general a que se hace referencia en la letra l) del epígrafe V (en la que se asigna al Delegado la redacción del apartado de la Memoria de la Fiscalía relativo a la Sección de Menores integrado por el informe anual de la Sección) y en la letra d) del epígrafe II de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio (en la que se asigna al Fiscal de Sala Coordinador de Menores elaborar anualmente, y presentar al Fiscal General del Estado un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de reforma y protección de menores, que será incorporado a la Memoria anual presentada por el Fiscal General del Estado).

El tratamiento de la actividad del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores debe hacer referencia a los problemas suscitados en la interpretación y aplicación de la Ley, asuntos especialmente relevantes, dictámenes del Fiscal y resoluciones judiciales de especial interés, en relación con las materias propias del área de protección y -sin perjuicio de que se unan o no al apartado específico de la Memoria- propuestas de reformas legislativas. Podrán incluirse cualesquiera otras exposiciones que se estime deben ser de conocimiento general.

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

Madrid, 27 de marzo de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES  
PROVINCIALES.**

## **INSTRUCCIÓN 2/2009**

### **SOBRE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO DE CONFORMIDAD SUSCRITO POR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES. III.- PRESERVACIÓN DE LAS GARANTÍAS. III.1. Legalidad y unidad de actuación. III.2. Tutela de los derechos e intereses de las víctimas y perjudicados por el delito. IV.- MODALIDADES APLICATIVAS DEL PROTOCOLO. IV.1. Ámbito material de aplicación. IV.2. Criterios generales de aplicación del Protocolo. *IV.2.1. Anticipación de la conformidad. IV.2.2. Gestión de las iniciativas de conformidad. IV.2.3. Intervención del Juez o Tribunal.* V. CONCLUSIONES

#### **I**

### **INTRODUCCIÓN**

La progresiva consolidación de las reformas organizativas y funcionales que cristalizaron en la Ley 24/2007 de 9 de octubre de reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, presididas por los principios de reforzamiento de la autonomía, unidad de actuación especializada y reordenación territorial, permite ahora avanzar un paso más en el decidido impulso modernizador, que, a partir de esos cambios instrumentales, busca mejorar de manera efectiva y tangible el servicio que cotidianamente prestan los Fiscales a los ciudadanos, a espera de un nuevo modelo procesal penal verdaderamente acorde a las exigencias de la Constitución e internacionalmente homologable.

En esa línea, la finalidad de las Instrucciones 1/2008 y 2/2008 de la Fiscalía General del Estado fue identificar y subrayar en la ley vigente las claves de una intervención más dinámica y eficaz del Fiscal en la fase de investigación de los delitos, en su doble faceta de dirección de la Policía Judicial y colaboración activa con la instrucción judicial. Pues bien, esa misma lógica de raíz acusatoria aconseja también favorecer aquellas salidas anticipadas del proceso que, sin menoscabo de ningún derecho, y dentro del estricto marco de legalidad que la Constitución impone, faciliten una resolución más rápida, menos traumática y, en suma, menos costosa en todos los sentidos del conflicto penal.

Entre otros instrumentos idóneos para ese fin, la Ley de Enjuiciamiento Criminal vigente ofrece, ya desde su redacción inicial, y de manera mucho más extendida a partir de las reformas introducidas en el ámbito del procedimiento abreviado y los denominados *juicios rápidos*, la posibilidad de conformidad del acusado, que, en sus diversas modalidades, permite en definitiva evitar la celebración del juicio oral y aun la propia instrucción, generalmente con la contrapartida de una modificación a la baja de la pretensión punitiva. Las cifras de conformidades alcanzadas, crecientes año tras año, constituyen uno de los pulmones de oxígeno que explican y permiten la supervivencia de nuestra maquinaria procesal decimonónica.

Sin embargo, como también es sabido, algunas inercias instaladas en la práctica forense han impedido hasta ahora un aprovechamiento plenamente satisfactorio de esa útil herramienta procesal. El hecho de que en la gran mayoría de los casos se produzca, por expresarlo gráfica y literalmente, a pie de estrados, vacía a la conformidad de buena parte de su potencial eficacia, y además desvirtúa en alguna medida su esencia acusatoria.

Así, desde el punto de vista de la eficiencia concretada en una Justicia más ágil, la conformidad cobra verdadero sentido en la medida en que no sólo sirva para evitar el innecesario enjuiciamiento del acusado que se confiesa culpable, sino el coste, en términos de trabajo y de tiempo para los diferentes sujetos implicados en el proceso,

que puede suponer el cumplimentar todas las actuaciones conducentes a la celebración del juicio. Asignado un tiempo en la agenda del órgano judicial y del Fiscal, citados los testigos y peritos, presentes éstos –igual que el propio Fiscal y los Abogados- en la sede judicial, la conformidad en estrados viene a poner en evidencia la absoluta inutilidad de todo ese esfuerzo, desplegado obviamente en detrimento de otras dedicaciones igual o más prioritarias. Al tiempo que se dilapida el esfuerzo de otros funcionarios públicos (miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, forenses, peritos y técnicos), que malgastan en vanos desplazamientos y esperas su jornada laboral, y perjudica muy especialmente a los testigos, víctimas y perjudicados convocados a la vista que, forzados a alterar su normal actividad cotidiana, acaban experimentando –con explícitas manifestaciones de protesta, en muchos casos- una justificada frustración al conocer que, habiéndose conformado el acusado en el último minuto, su esfuerzo también ha sido baldío.

Asimismo, en el plano de las garantías, la materialización de la conformidad en la inmediatez del juicio también constituye una potencial fuente de problemas. No ya únicamente por la dificultad de asegurar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal (entroncada en la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley), que en el momento previo de la formulación del escrito de acusación o calificación provisional se instrumenta a través del visado. Sino también por el riesgo cierto de que la imposibilidad de acceder *in situ* y sobre la marcha a determinados datos pueda inducir a error a la acusación y al propio acusado sobre las consecuencias reales de la conformidad así pactada. No es infrecuente, por ejemplo, que la dificultad para comprobar los antecedentes o determinadas circunstancias personales o patrimoniales del reo genere una errónea expectativa sobre la posibilidad de suspensión condicional de la condena, que al revelarse inviable, ya en fase de ejecución, viene a alterar de modo radical e irremediable el sentido de su decisión de aceptar la pena.

A todo lo cual se añade, además, la propia mecánica y la, por así decirlo, *escenografía* del acuerdo de conformidad, en la sala de vistas y casi siempre a presencia del Juez o Tribunal que, con su sola posición expectante, cuando no con su

espontánea –por más que bienintencionada- intervención en las pertinentes conversaciones, *contamina* de manera inevitable su estatus de imparcialidad, o, mejor dicho, de apariencia de imparcialidad, aun cuando sólo sea por el hecho habitual de que en dichas conversaciones, con frecuencia desprovistas de cautelas formales, se ponga abiertamente de manifiesto la mayor o menor fortaleza de las posiciones de la acusación y la defensa.

La imagen que sobre el propio acusado, y más aún sobre los perjudicados y víctimas, puede asimismo proyectar el hecho de que sus intereses se ventilen entre juicio y juicio, en unos minutos, de modo aparentemente –o realmente- improvisado, a puerta cerrada, sin su intervención y con la consiguiente sensación de desconocimiento de lo que en el interior de la Sala están negociando los profesionales del derecho, viene a resultar, en fin, muy negativa desde el punto de vista de la credibilidad y de la dignidad de la función tanto de Jueces y Fiscales como de los propios Abogados defensores.

En atención a todas estas cuestiones, y a iniciativa del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), la Fiscalía General del Estado ha suscrito con dicho órgano de representación de los Colegios de Abogados un *Protocolo de actuación para juicios de conformidad* (en lo sucesivo *el Protocolo*), que se adjunta a la presente Instrucción y que, de manera sucinta, buscando sobre todo la simplicidad y la agilidad en la ejecución de sus términos, trata de ordenar, aprovechar mejor y desenvolver en condiciones a la vez más eficaces y más garantistas, las distintas posibilidades que la legislación procesal vigente ofrece en este ámbito.

Conviene en este sentido adelantar que el objeto de la presente Instrucción es básicamente organizativo. Se trata de aportar los instrumentos necesarios para la eficaz aplicación del Protocolo, aprovechando no obstante para agregar algunas cautelas en el plano de las garantías, y aportando, en fin, algunos criterios interpretativos con el exclusivo fin de facilitar la interpretación y aplicación del texto suscrito, que en cualquier caso no puede suponer -como es obvio- alteración alguna

del actual marco legal del instituto de la conformidad. A estos efectos cabe simplemente recordar y reiterar el contenido, en parte dedicado a esta cuestión, de la Instrucción 1/1989 de 27 de febrero, así como de la Circular 1/2003 y la Instrucción 1/2003, ambas de 7 de abril, insistiendo con especial énfasis en cuanto ésta última dice sobre la vigencia y alcance de los principios de legalidad y de búsqueda de la verdad material en nuestro modelo de proceso penal.

## II

### ASPECTOS ORGANIZATIVOS Y FUNCIONALES

El Protocolo diseña en su artículo 7 las bases de un sistema de comunicación entre acusación y defensa, mediante la paralela organización de un servicio de enlace y coordinación en la Fiscalía y el Colegio de Abogados. Conviene por tanto examinar los requerimientos que ese sistema impone a la organización interna de las Fiscalías, y el mecanismo de interacción con el servicio paralelo que han de ofrecer los Colegios de Abogados.

La regla citada se limita a afirmar que *“se designarán uno o varios Fiscales, dotados de los medios humanos y materiales necesarios, para el seguimiento y aplicación de las presentes normas. En consecuencia, dichos Fiscales asumirán por sí mismos o asegurarán de manera coordinada e inmediata la comunicación con los Letrados a los efectos de este Protocolo, así como la negociación y, producido en su caso el acuerdo, la efectiva realización de éste por los procedimientos establecidos en la ley (...)”*.

La imprecisión y/o versatilidad de ese texto han sido buscadas de propósito, en aras a la flexibilidad y, precisamente, a la eficacia. Al suscribir el Protocolo la Fiscalía General del Estado era consciente de que en varias Fiscalías de España ya existen, en algunos casos funcionando satisfactoriamente desde hace años, mecanismos de

coordinación con los Abogados para favorecer las conformidades antes del juicio. No tiene por tanto ningún sentido forzar cambios funcionales donde ya se dan buenos resultados. Al contrario, se trata precisamente de extender esa práctica al resto de los órganos del Ministerio Fiscal. Y a tal fin es preciso huir de cualquier encorsetamiento. Las posibilidades y las necesidades de cada Fiscalía dependen de su volumen de trabajo, del número de sus componentes, de la naturaleza de los asuntos que despachan (no es lo mismo, a estos efectos, una Fiscalía Especial o la Fiscalía de la Audiencia Nacional que una Fiscalía Provincial), de la manera en que tenga organizados otros servicios (existen Fiscalías que concentran en una sección el servicio de asistencia a juicios, otras que los distribuyen por turnos entre todos los miembros de la plantilla, etc...), y de otros factores que, en definitiva, conocen y dominan mejor quienes actúan cotidianamente sobre el terreno.

Por eso la presente Instrucción se limitará a señalar los objetivos que tienen que cumplir los respectivos Fiscales Jefes –ofreciendo, a lo sumo, algunas sugerencias organizativas- dejando a su prudente criterio las medidas concretas que para alcanzar tales fines hayan de adoptar en función de las posibilidades y necesidades del órgano que dirigen. Se trata, como dice la norma transcrita, de que uno o varios Fiscales se instituyan en punto de referencia (el preámbulo del Protocolo los denomina *fiscales de incidencias*), con un triple función: primera, comunicarse directamente con el responsable o responsables del Colegio o Colegios de Abogados para cualquier cuestión relacionada con la aplicación del Protocolo (*infra*, II.1.1.); segunda, asegurar la comunicación inmediata entre el Fiscal y el Abogado que deban negociar la conformidad, cercionándose de la efectividad de su gestión (II.1.2.); o, en su caso, asumir por sí las actuaciones conducentes a dicha conformidad (II.1.3).

Conviene hacer algunas precisiones:

II.1.1. En el primer apartado debe aclararse que en ningún caso se trata de introducir un cauce burocrático forzoso y formal para la relación entre Abogados y Fiscales, o, dicho de otro modo, que los Abogados tengan que dirigirse a la



Fiscalía a través del coordinador de su Colegio, y, viceversa, que cada Fiscal sólo pueda contactar con un Abogado previa intervención del compañero o superior jerárquico que coordine la aplicación del Protocolo. Bien al contrario, la relación entre los coordinadores de ambas instituciones busca precisamente facilitar el contacto directo entre el Abogado y el Fiscal que –con arreglo a las normas de cada Fiscalía- esté encargado de negociar la conformidad. Se pone sencillamente a disposición de unos y otros un mecanismo de localización y enlace.

Cuestión distinta es que, como ya se ha anticipado, la organización de la Fiscalía atribuya en determinados casos a este *Fiscal de incidencias* encargado del seguimiento de las conformidades no sólo esa tarea de mediación o enlace, sino también la función de llevar a cabo la negociación de la conformidad. Es claro que en tal supuesto el Fiscal originariamente encargado del asunto deberá, en los términos que establezca el Fiscal Jefe, canalizar la iniciativa de conformidad a través del compañero que esté al cargo de esa tarea específica, y cederle igualmente su conocimiento cuando éste lo reclame ante la iniciativa del correspondiente Abogado.

En todo caso, junto a esas funciones, el Fiscal o Fiscales encargados de la aplicación del Protocolo asumirán la responsabilidad de detectar y resolver cualquier incidencia que pueda observarse en su aplicación. En caso de que el problema planteado sea de tal entidad que pueda llegar a impedir o dificultar seriamente el funcionamiento del sistema protocolizado, y no sea posible solventarlo mediante el contacto directo con el servicio de coordinación del correspondiente Colegio de Abogados, el Fiscal o Fiscales responsables deberán informar por conducto del Fiscal Jefe a la Inspección Fiscal, para que la Fiscalía General del Estado pueda examinar las posibles soluciones con el Consejo General de la Abogacía.

II.1.2. Ya se ha indicado que los Fiscales Jefes deberán modular las condiciones organizativas concretas de ejecución del Protocolo según las posibilidades y las necesidades de cada Fiscalía. En cualquier caso, deberán comunicar al Decano o Decanos de los Colegios de Abogados correspondientes a su territorio los pormenores de ese esquema organizativo, así como identificar al Fiscal o Fiscales que servirán de puntos de contacto, y facilitar a éstos últimos los medios de comunicación y asistencia necesarios para el desempeño de sus funciones. Deberán, obtener recíproca información de los Decanos, asegurando de este modo la efectiva puesta en marcha del servicio de comunicación entre ambas instituciones.

Las posibilidades que ofrece ese diseño organizativo interno son muchas.

Ciertamente, en Fiscalías de mediano o gran tamaño parece recomendable que el encargo de organizar y sostener esa vía de enlace entre Fiscales y Abogados se atribuya a más de un Fiscal, tratándose de un servicio que la Fiscalía debe prestar en régimen de cotidiana disponibilidad, estableciendo a tal fin unas pautas horarias –a diario en todo caso- lo suficientemente amplias como para que los Abogados y los propios Fiscales puedan acceder a él fácilmente. Por ello, aparte de la imprescindible dotación de medios, los Fiscales Jefes deben procurar la suficiente difusión de su existencia, así como del contenido del Protocolo, entre todos los miembros de la plantilla de la Fiscalía.

II.1.3. Sin perjuicio de esas facultades organizativas de los Fiscales Jefes, éstos deberán procurar, no obstante, que en los supuestos más sencillos los propios Fiscales encargados del contacto inicial con los Abogados (los *Fiscales de incidencias*, en la terminología del Protocolo) tengan facultades para pactar directamente la conformidad, una vez recabada y estudiada la causa y consultado en su caso el Fiscal que lleva el asunto, sin necesidad por tanto de que éste último intervenga materialmente en las conversaciones. Será así posible una actuación más rápida y sencilla de cara al Abogado y menos

perturbadora de la normal actividad de los Fiscales, que podría verse continuamente interrumpida o condicionada por los requerimientos de encuentro o conversaciones con los Letrados.

Incluso cabe establecer la misma mecánica para los supuestos en que el Abogado plantee directamente la conformidad al Fiscal del caso. Éste, en lugar de negociarla él mismo, podría derivar el asunto al Fiscal o Fiscales encargados de coordinar las conformidades.

Todo ello queda, como queda dicho, al razonable criterio organizativo de cada Fiscal Jefe, reiterando de todos modos que este sistema de asunción directa de las conformidades por parte de determinados Fiscales específicamente encargados de ello debe reservarse a aquellos casos sencillos que no exigen el estudio y el conocimiento exhaustivo de una causa compleja. En esos otros supuestos, dicho Fiscal o Fiscales realizarán fundamentalmente la descrita labor de contacto y enlace entre los Abogados y el Fiscal encargado del caso, sin perjuicio de cuanto se dirá más adelante acerca de las medidas que deben adoptarse para garantizar la unidad de actuación.

### III

#### **PRESERVACIÓN DE LAS GARANTÍAS**

Como ya se anticipó en la introducción, desde la Fiscalía General del Estado se contempla la puesta en marcha del Protocolo suscrito con el Consejo General de la Abogacía como una ocasión idónea para revisar y fortalecer la actuación del Fiscal en el plano de la legalidad y las garantías, en especial la unidad de actuación que rige constitucionalmente la actuación del Ministerio Público. En concreto, las conformidades producidas después de haberse formalizado el escrito de acusación –y por tanto de su visado- presentan algunas dificultades a la hora de controlar y asegurar, frente a cualquier error o disfunción, la plena aplicación de esos principios. También es imprescindible atender al interés de las víctimas y perjudicados por el delito, que, salvo

que estén personados en la causa, ordinariamente quedan al margen de las negociaciones y del acuerdo de conformidad.

### III.1. LEGALIDAD Y UNIDAD DE ACTUACIÓN

Como es sabido, el ordenamiento jurídico español no permite –a diferencia de otros modelos procesales, y con la excepción del proceso de reforma de menores- ejercicios de oportunidad aparejados a la terminación pactada del proceso. Sólo es legalmente admisible la aproximación de las posturas de la acusación y la defensa en el terreno de la calificación jurídica del hecho y de las consecuencias punitivas dentro de un estricto marco de legalidad. Dicho de otro modo -como lo hacía la Instrucción 1/1989-, el Fiscal *“deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso con el acusado y su defensa (...)”*.

En consecuencia, los Fiscales Jefes deberán, al tiempo que organizan la aplicación del Protocolo adjunto, evaluar y, si es preciso, reforzar los mecanismos necesarios para asegurar el efectivo control de legalidad y unidad de actuación de las conformidades.

Ello no plantea problemas en aquellos supuestos en que las conclusiones provisionales sean producto de la propia conformidad. En tal caso, el escrito de acusación resultante habrá de pasar el filtro de *visado*, de manera que si el visador formula objeciones o sugerencias el Fiscal que haya negociado y pactado los términos de la conformidad se encargará de trasladarlas a los demás partícipes en el acuerdo, a los efectos de llevar a cabo las modificaciones oportunas si las aceptan, o dejar sin efecto en otro caso -cuando la objeción fuera de entidad suficiente para ello- la conformidad provisionalmente pactada. Es por ello necesario que, al cerrar tales acuerdos, el Fiscal advierta con claridad a las demás partes que su confirmación está sujeta al sistema de control o visado que la Fiscalía tenga establecido.

El mismo régimen deberá también aplicarse, en la medida en que resulte materialmente posible, a aquellos casos en que, formulada una inicial acusación, la posterior conformidad da lugar a un nuevo escrito de calificación consensuado (como expresamente se prevé en el párrafo segundo del art. 784.3, dentro del procedimiento abreviado: “*Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral...*”).

Cabe señalar que a los efectos de agilizar las funciones derivadas de la presente Instrucción, nada impide que el Fiscal Jefe delegue la función de visar las calificaciones conformadas a alguno de los Fiscales responsables de la coordinación o prestación del servicio que deriva del Protocolo.

Por último, cuando en casos excepcionales razones de urgencia o de agotamiento de los plazos procesales impidan materialmente el visado previo a la presentación de la calificación, se aplicará, con arreglo a las pautas que el propio Fiscal Jefe señale, un sistema de control ulterior -en todo caso previo al juicio- similar al que ya establecía la Instrucción 1/2003 para los supuestos de *enjuiciamiento inmediato* del art. 801 LECrim. Debiendo igualmente aplicarse un control *a posteriori* -como en la práctica existe ya en algunas Fiscalías- cuando la conformidad se lleve a cabo, si ha sido imposible hacerlo antes, al inicio del juicio oral.

Lo que en definitiva y en cualquier caso ha de asegurarse es que, mediante una u otra modalidad de control y con independencia del momento concreto en que, de acuerdo con los criterios expuestos, éste se lleve a cabo, todas las conformidades sin excepción estén sujetas a alguna fórmula de comprobación similar a la que rige tradicionalmente respecto del contenido de los escritos de acusación.

### III.2. TUTELA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LAS VÍCTIMAS Y PERJUDICADOS POR EL DELITO

Otra de las tareas esenciales que el Fiscal debe asumir en el marco de la resolución consensuada del procedimiento es la protección de la víctima y del resto de los perjudicados por el delito. Esa misión específica del Ministerio Público ha de ser particularmente cuidada a la hora de cerrar el acuerdo de conformidad. La víctima se ha encontrado históricamente ausente y desinformada –cuando no perpleja- acerca del resultado pactado del proceso, sobre todo cuando no está personada en él.

Por ello, de cara a la negociación de la conformidad el Fiscal procurará oír previamente a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados en la causa, siempre que sea posible y lo juzgue necesario para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad, y en todo caso cuando por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad, una vez pactada, y de sus consecuencias procesales.

A tal fin, los Fiscales Jefes dispondrán los medios necesarios, en los términos establecidos por la Instrucción 8/2005, de 26 de julio de 2005, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

## IV

### **MODALIDADES APLICATIVAS DEL PROTOCOLO**

Examinadas las exigencias que plantea el Protocolo en el plano de la organización y de los principios constitucionales que rigen la actuación del Ministerio Fiscal, conviene, como se advirtió al comienzo, añadir algunas precisiones interpretativas en relación con su texto.

De entrada, y como ya se ha advertido, dicho Protocolo trata sólo de facilitar las gestiones y los trámites que conducen a la solución consensuada del proceso, y no de someter a revisión el régimen jurídico de la conformidad, ya examinado por la Fiscalía General del Estado en las Circulares e Instrucciones reiteradamente citadas.

Así delimitada la cuestión, los detalles que, en ese terreno meramente práctico, pueden merecer un comentario aclaratorio en orden a la aplicación del Protocolo, son los siguientes:

#### IV.1. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN

El Protocolo dedica sus artículos 2 y 3 a delimitar su campo objetivo y funcional de aplicación, aunque en realidad dicha delimitación resulta del conjunto de sus normas. La consideración integral de todas ellas lleva a concluir que se excluyen con carácter general de su ámbito:

- Los juicios rápidos en el Juzgado de guardia (*o juicios inmediatos*), mencionados expresamente en el art. 4 del Protocolo. Es obvio que el art. 801 LECrim, al contemplar un trámite específico de conformidad en el acto, impone *ex lege* el insoslayable contacto directo y personal entre Fiscal y partes, que es precisamente lo que el Protocolo busca establecer para aquellos otros casos en que ese contacto es viable, pero no forzoso, en un momento anterior al juicio.

- Los juicios ante el Tribunal de Jurado. Nada impide sin embargo que los mecanismos de contacto y enlace que el Protocolo pone en marcha puedan aplicarse en ese ámbito. La razón de su exclusión –o, mejor dicho, de su omisión- ha sido preservar la sencillez aplicativa del Protocolo, que podría haberse visto comprometida por el complejo régimen jurídico de la conformidad en la Ley del Jurado, que como es sabido incluye normas específicas reguladoras de la terminación consensuada del proceso, extendiéndola incluso más allá de la apertura de la fase de enjuiciamiento.

- Los juicios ante los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo. La excepcionalidad de los procedimientos contra aforados no hace necesaria la

organización estable y formal en las respectivas Fiscalías de un sistema de actuación como el que diseña el Protocolo. Ello no quiere decir tampoco que en tales casos no sean de aplicación los principios y la filosofía que lo inspiran, y no puedan adoptarse soluciones prácticas en la línea de las que aquí se apuntan. Pero no tendría ningún sentido práctico, y sí sería una engorrosa fuente de formalidades, tratar de articular por ejemplo un sistema de relación institucionalizada entre la Fiscalía del Tribunal Supremo y todos los Colegios de Abogados de España, en previsión de una eventual conformidad en una causa con aforado.

Por el contrario, desde un punto de vista cualitativo, no debe inducir a engaño la aparente distinción que el Protocolo parece sugerir entre los procedimientos seguidos ante los órganos de la Audiencia Nacional y el resto de Juzgados y Tribunales, al mencionar aquéllos de manera explícita. Por el contrario se trata, justamente, de subrayar que la Fiscalía de la Audiencia Nacional y las Fiscalías Especiales que actúan ante ella *también* están incluidas en el ámbito de aplicación del documento suscrito por el CGAE y la Fiscalía General del Estado, aun cuando tal aplicación presente algunas singularidades.

Singularidades como las que derivan de su ámbito territorial estatal, a cuyos específicos problemas podrá seguramente aportar soluciones complementarias el sistema de localización de los Letrados que contempla el Protocolo, sea accediendo directamente al servicio del Colegio que corresponda o mediante la colaboración de las distintas Fiscalías Provinciales.

O, en otro sentido, peculiaridades como la intrínseca complejidad de la mayor parte de los asuntos de los que conocen estas Fiscalías centrales, que naturalmente reducen, si no excluyen, el que la conformidad sea negociada o acordada por un Fiscal diferente de aquél o aquéllos que tienen asignado el despacho del asunto que se trata de conformar.



Tales especialidades no excluyen, en todo caso, que dichas Fiscalías deban asegurar la prestación del servicio que exige el cumplimiento del Protocolo, para dar debido curso a las iniciativas de los Letrados que actúen en los asuntos de los que esos órganos conocen, y canalizar igualmente las iniciativas de los Fiscales en la línea que se apuntará en el siguiente apartado, así como para fortalecer los controles de legalidad y unidad de actuación de las conformidades en virtud de las indicaciones que agrega la presente Instrucción.

## IV.2. CRITERIOS GENERALES DE APLICACIÓN DEL PROTOCOLO

### *IV.2.1. Anticipación de la conformidad*

Hay que insistir de modo enfático en que el núcleo esencial del Protocolo, y el objetivo fundamental que persigue la Fiscalía General del Estado al firmarlo, es anticipar las conformidades a un momento previo al juicio oral. En ese sentido, por tanto, deben interpretarse las reglas del documento suscrito con el CGAE, y a esa finalidad han de orientarse todos los esfuerzos del Ministerio Fiscal en la aplicación de la presente Instrucción. Como se verá al estudiar con más detalle algunos aspectos concretos de la aplicación del Protocolo, es en el procedimiento abreviado donde esa pretensión tiene un mayor campo de acción. Pero ello no exige descartar el mismo objetivo en el procedimiento ordinario, en los supuestos y con los requisitos que limitadamente establece la Ley.

### *IV.2.2. Gestión de las iniciativas de conformidad*

Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible. Con ese propósito, si conforme al sistema organizativo de cada Fiscalía la negociación de la conformidad no corresponde al Fiscal o Fiscales encargados de recibir y atender la solicitud, sino al que está asignado al asunto, al que elaboró la acusación o al que ha de asistir al juicio, la tarea del primero consistirá en asegurar al Abogado el contacto con éstos, disponiendo

para ello el Fiscal Jefe el adecuado sistema de coordinación y comunicación en el interior de la Fiscalía. Si, por el contrario, son los propios Fiscales encargados de coordinar las conformidades los que directamente asumen la tarea de acordar sus términos con los Letrados, deberán dichos Fiscales recabar a la mayor urgencia posible la información necesaria (la causa, o la carpetilla, y en su caso el parecer del Fiscal que tenga asignado el asunto) y citar al Abogado o Abogados para, una vez conocidos los pormenores del asunto, concretar los términos del posible pacto de conformidad.

En el supuesto inverso, es decir, cuando la iniciativa parte del Fiscal, los términos de aplicación del Protocolo son igualmente simples: en principio, el Fiscal encargado del asunto –o responsable de asegurar el cumplimiento del Protocolo, una vez más según la organización de cada Fiscalía- valorará, a partir de los factores en presencia, las posibilidades de promover la conformidad, muy especialmente cuando no existan intereses de terceros afectados o, por supuesto, cuando sean éstos -víctimas o perjudicados- quienes lo insten del Ministerio Fiscal.

En este apartado ha de destacarse la referencia que el art. 5.1.1. del Protocolo hace al artículo 779.1.5 de la LECrim (y no 799.1.5, como dice su texto por error). La posibilidad de que, si se dan los requisitos que la norma establece, el acusado reconozca los hechos y el procedimiento se reconduzca a la vía de juicio rápido, debe ser fomentada siempre que resulte viable, debiendo, a tal fin, tratar de asegurarse el Fiscal encargado del asunto de que el Abogado defensor informa debidamente al acusado del derecho que le asiste, y de las consecuencias favorables (reducción de un tercio de la pena) de las que, en los términos y con las condiciones del art. 801, puede beneficiarse.

Es éste uno de los supuestos en que, en cuanto considere que es viable la conformidad, el Fiscal debe imperativamente tomar la iniciativa, si no lo hace el propio Abogado, activando el sistema de localización de éste con el fin de asegurarse, como queda dicho, de que el acusado es consciente de las posibilidades que la ley le ofrece.

Decidida en cualquier caso por el Fiscal la conveniencia de plantear un acuerdo de conformidad, se procederá a la localización del Letrado o Letrados defensores, acudiendo si es preciso al servicio que diseña el Protocolo, por el medio que se haya acordado entre el Fiscal Jefe y el Decano del Colegio de Abogados correspondiente. Hay que apuntar que, si existen varias defensas, el mismo artículo 7 del Protocolo, en su apartado 5 exige al Fiscal contactar y negociar la conformidad simultáneamente con todas ellas (*“deberá citarse a todos ellos conjuntamente”*).

Se trata, en definitiva, de asegurar la máxima transparencia y la buena fe de todos los participantes en el acuerdo de conformidad, evitando cualquier posible sospecha acerca del favorecimiento de una u otra posición. No es menos evidente, sin embargo, que esta norma no será de aplicación cuando la conformidad no se plantee respecto de todos los acusados, ya sea en origen y por la naturaleza o las características del asunto, ya sea ulteriormente como consecuencia de la propia decisión de apartarse adoptada por alguna o algunas de las defensas, en cuyo caso podrá lógicamente llevarse a cabo o proseguirse la negociación con los Abogados de aquellos acusados a quienes efectivamente haya de afectar el eventual acuerdo.

Los mecanismos de contacto que el Protocolo diseña se contemplan en principio para la localización del Abogado defensor, pero pueden ser igualmente utilizados para contactar con los Letrados de las demás partes personadas, sin cuyo concurso (art. 7.6) no es obviamente posible que la conformidad llegue a formalizarse en el proceso.

Producido el acuerdo de conformidad, es fundamental que el procedimiento conducente a la aprobación judicial de la misma quede claramente protocolizado en cada Fiscalía, a fin de evitar errores o duplicidades. En ese sentido, y sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado, deberá cuidarse especialmente que el Fiscal que debe materializar la conformidad ante el órgano judicial, si no es el mismo que la negoció, tenga pronto y exacto conocimiento de la misma, a cuyo fin los Fiscales Jefes habrán de establecer un sistema seguro e inmediato de comunicación.

#### *IV.2.3.. Intervención del Juez o Tribunal*

En orden a la fructífera gestión de las herramientas que el Protocolo ofrece a Fiscales y Abogados, resulta de la máxima importancia definir la relación con el otro protagonista esencial de la conformidad, que es evidentemente el Juez o Tribunal que ha de aprobarla. En este aspecto hay que aclarar que, si bien el Consejo General del Poder Judicial no ha suscrito el Protocolo, puesto que como Órgano de Gobierno de los Jueces carece de facultades para vincular a éstos en cuanto pueda comprometer el ejercicio de su función jurisdiccional, sin embargo sí estuvo representado en el acto de la firma y ha recibido comunicación formal del texto, asumiendo el compromiso de difundirlo, para su conocimiento, entre los Jueces, Tribunales y órganos de gobierno del Poder Judicial, a fin de facilitar en lo posible su aplicación.

Por ello, otra de las tareas que los Fiscales Jefes y, en su caso, los Fiscales encargados por ellos de coordinar la aplicación del Protocolo, han de asumir en relación con éste, es la de recabar, promover y facilitar dicha colaboración de los referidos órganos jurisdiccionales y de gobierno judicial en su correspondiente nivel territorial, tratando, en particular, de que la anticipación de las conformidades a un momento anterior al juicio oral se traduzca en dos efectos benéficos:

a) En primer lugar, que el juicio oral previamente conformado se señale prescindiendo en principio de la citación de los testigos y peritos, y de todas aquellas otras actuaciones cuyo objeto sea preparar la práctica de la prueba. Éste es, como ya se ha dicho, uno de los objetivos fundamentales del Protocolo y de la presente Instrucción: descargar al órgano judicial de una laboriosa y a veces complicada tarea, y sobre todo evitar a los ciudadanos afectados por el delito y a los profesionales colaboradores con la Administración de Justicia el inútil desplazamiento y la frustrante pérdida de tiempo que hoy por hoy suponen las conformidades al inicio del juicio.

Hay que recordar, en este punto, que como ya se advertía en la Circular 1/2003, la Ley 38/2002 de 24 de octubre, reguladora de los *juicios rápidos*, suprimió –en el único ámbito en que hasta entonces era posible, el procedimiento abreviado

competencia del Juzgado de lo Penal- la posibilidad de conformidad en la fase instructora seguida de remisión inmediata al órgano de enjuiciamiento para que, con la sola citación del Fiscal y las partes, pudiera dictarse sentencia en el acto (art. 789.5.5ª LECrim derogado). La legislación vigente exige, por tanto, el señalamiento formal de la vista oral en todo caso, en los términos y por los trámites que con carácter general –y para cada tipo de procedimiento- la propia Ley establece.

Sin embargo, nada impide que, habiéndose producido el acuerdo de conformidad en la fase instructora o en la fase intermedia, en el escrito conjunto o en el que el Fiscal dirija, como enseguida se dirá, al órgano de enjuiciamiento haciendo constar la existencia del acuerdo, se solicite del Juzgado o Tribunal el señalamiento de la vista oral con cita únicamente del Fiscal y las partes, a los solos efectos de formalizar la conformidad (o la confesión, en el procedimiento ordinario) del acusado, y por tanto sin citación de testigos o peritos ni práctica de ninguna otra actuación encaminada a preparar la práctica de la prueba. La eventual e inesperada retractación del acusado a presencia judicial podrá solventarse sin dificultad mediante la suspensión del juicio y el señalamiento de la continuación previa la oportuna citación de quienes hayan de intervenir en ella, o incluso la práctica de una instrucción suplementaria cuando el acuerdo de conformidad hubiera precipitado el cierre de la fase instructora sin la plena conclusión de la investigación de los hechos (art. 746.6 LECrim), invocando si procede las normas sancionadoras del abuso de derecho y la mala fe procesal (v.g. art. 11.2 L.O.P.J.).

Otro de los aspectos relevantes a la hora de asegurar la eficacia de ese objetivo de anticipación de la conformidad es el de la cuidadosa administración de los tiempos. El plazo de diez días previos al comienzo del juicio oral que el Protocolo fija para cerrar el acuerdo de conformidad y comunicarlo al órgano judicial puede resultar, en la mayor parte de los territorios, manifiestamente insuficiente, siendo lo habitual que el señalamiento se produzca con mayor antelación, y que a esas

alturas la oficina judicial ya haya puesto en marcha las actuaciones orientadas a la celebración del juicio. En este punto ha de prevenirse que la aplicación de la regla no conduzca exactamente al efecto contrario del que pretende: si la conformidad llega en ese momento no sólo no restará trabajo al órgano judicial, sino que lo multiplicará, pues obligará a dejar sin efecto dichas actuaciones, con el fin de lograr el otro propósito perseguido, que es evitar inútiles molestias y desplazamientos a los citados.

Hay que subrayar, por tanto, que el mencionado plazo de diez días se configura como mero límite de referencia, y en consecuencia su utilidad se supedita a las necesidades y los objetivos del Protocolo y de la presente Instrucción. Por ello los Sres. Fiscales extremarán su esfuerzo para lograr que, siempre que no sea imposible, la conformidad se ponga en conocimiento del Juzgado antes de que se haya señalado el juicio o, como mínimo, antes de que, conforme a los plazos habituales con que esa tarea se venga realizando en cada localidad o por el Órgano Judicial de que se trate, se hayan iniciado los trámites conducentes a su efectiva celebración.

b) El segundo efecto beneficioso que ha de buscarse en la colaboración del Órgano Judicial consiste en que los señalamientos de juicios conformados se anticipen en lo posible, acumulándose periódicamente en una misma fecha. Esa concentración de un número elevado de vistas breves -sin práctica de prueba- permitirá descargar o incluso eliminar de la agenda judicial otras jornadas de señalamiento, generando una notable liberación de recursos tanto en el Órgano de enjuiciamiento como en la Fiscalía. Para ello es importante que el Fiscal -que es a quien el Protocolo suscrito atribuye en su art. 7.3 esa función-, una vez alcanzada la conformidad lo haga saber inmediatamente al Juzgado o Tribunal, instando la inmediata conclusión de la instrucción (si la conformidad se ha alcanzado en esa fase) o el inmediato señalamiento del juicio oral, en cuanto sea legalmente posible. Esta solicitud podrá canalizarse mediante otrosí en el propio escrito de acusación, que siempre que sea posible deberá formularse

conjuntamente con la defensa (art. 784.3 párrafo segundo LECrim.), o, en otro caso, mediante escrito específicamente dirigido a tal fin al Órgano Judicial, en el que se anunciará a éste la existencia de un acuerdo de conformidad que posteriormente será ratificado por la defensa en su escrito de conclusiones y/o al comienzo del juicio.

Precisamente en relación con este último supuesto del pacto de conformidad negociado y cerrado en la sala de vistas justo antes del inicio del juicio oral (que, si el Protocolo cumple sus objetivos, debería quedar como un fenómeno residual) los Fiscales, y principalmente los Fiscales Jefes, deben también realizar un especial esfuerzo por activar y obtener la colaboración de los Jueces y Magistrados titulares de los Órganos de enjuiciamiento, con la finalidad de preservar –como el propio protocolo afirma- la *confidencialidad de la negociación*.

Evitar la presencia del Tribunal en ella, e incluso procurar que no se produzca en el espacio físico de la sala de vistas (aunque para ello sea necesario interrumpir brevemente el curso de las sesiones), serán objetivos más fáciles de conseguir, contando con la indudable buena disposición de Jueces y Magistrados, en la medida en que, precisamente, la correcta aplicación del Protocolo y el debido cumplimiento de la presente Instrucción logren reducir a la categoría de excepcional esta manera hoy habitual, por no decir casi única, de finalización consensuada del proceso.

## **CONCLUSIONES**

**1. El *Protocolo de actuación para juicios de conformidad* suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española que se adjunta a la presente Instrucción tiene por objeto establecer un sistema de coordinación entre Fiscalías y Colegios de Abogados con la finalidad prioritaria de anticipar las conformidades a un momento anterior del juicio oral, reduciendo la carga de trabajo de los Órganos de enjuiciamiento y evitando inútiles**

molestias y pérdidas de tiempo a los ciudadanos involuntariamente implicados en el proceso penal. A ello, la presente Instrucción añade el propósito de reforzar las garantías de legalidad, unidad de actuación y protección de la víctima en el ámbito de la conformidad penal.

2. Para la puesta en marcha del Protocolo, los Fiscales Jefes deberán organizar según las necesidades y posibilidades de la respectiva Fiscalía, y en contacto con el Decano del Colegio o Colegios de Abogados de su territorio, el sistema de aplicación del aquél, que en todo caso deberá configurarse como una prestación disponible y fácilmente accesible tanto para los propios Fiscales como para los Abogados.

3. Tal organización incluirá la designación de uno o varios Fiscales encargados del seguimiento de la aplicación del Protocolo, actuando como punto de referencia para el paralelo servicio que debe funcionar en los Colegios de Abogados, con el que deberán resolver directamente las incidencias que puedan producirse, sin perjuicio de comunicar a la Inspección Fiscal, por conducto del Fiscal Jefe, aquellos problemas que por su entidad lleguen a impedir o dificultar seriamente el funcionamiento del sistema.

4. Dichos Fiscales asumirán la función de canalizar las solicitudes de los Abogados, o de los respectivos servicios de los Colegios, así como las de los propios miembros de la Fiscalía, para establecer el contacto entre Fiscal y Abogado en orden a la negociación de la conformidad. Podrán también, en las condiciones y con los medios que determinen los Fiscales Jefes, asumir facultades de negociación directa de las conformidades en asuntos asignados a otros miembros de la plantilla, cuando se trate de procedimientos sencillos.

5. La aplicación del Protocolo debe aprovecharse para reforzar el control de legalidad y unidad de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de las conformidades. En consecuencia, los escritos de calificación formulados conjuntamente con la defensa deberán someterse al oportuno visado, del modo y



con las consecuencias que en esta Instrucción se establecen, y en todo caso los Fiscales Jefes deberán adoptar las oportunas medidas para que todas las conformidades sin excepción queden sujetas a alguna fórmula de comprobación similar a la que rige tradicionalmente respecto del contenido de los escritos de acusación.

6. Igualmente ha de cuidarse, de cara a la conformidad, la especial protección de los intereses de las víctimas y los perjudicados por el delito, oyéndolos previamente cuando sea necesario para ponderar los efectos y el alcance del acuerdo, y en todo caso cuando sean especialmente significativos los intereses en juego o dichas personas se encuentren en especial situación de vulnerabilidad.

7. El concreto ámbito de aplicación del Protocolo se extiende a todos los procedimientos penales, con exclusión del enjuiciamiento inmediato previsto en el art. 801 LECrim, los juicios ante el Tribunal de Jurado y las causas con aforado. No obstante también en estos casos los Sres. Fiscales deban tener en cuenta los principios y fines inspiradores del Protocolo y de la presente Instrucción.

El Protocolo es plenamente aplicable en los procedimientos que se siguen ante la Audiencia Nacional, con las peculiaridades derivadas de su ámbito territorial y de la especial complejidad de los asuntos que en ella se tramitan.

8. Las solicitudes dirigidas al Fiscal por los Abogados defensores deberán atenderse con la máxima rapidez y diligencia, ofreciendo el contacto personal y directo que el Protocolo exige en el tiempo mínimo imprescindible. Recíprocamente, la iniciativa del Fiscal deberá canalizarse de manera ágil mediante la localización del Abogado o Abogados, pudiendo aplicar el sistema del Protocolo tanto respecto de los defensores como de los que ejerzan la acusación. Si son varios, la negociación habrá de entablarse conjuntamente con todos ellos, salvo en los casos en que, conforme a lo indicado en la presente

Instrucción, alguno o algunos de los acusados queden excluidos de la conformidad.

En particular, se cuidará especialmente la potenciación del régimen de conformidad *pretrial* previsto en el artículo 779.1.5 LECrim., debiendo el Fiscal en esos supuestos tomar inmediatamente la iniciativa para la aplicación del Protocolo, y asegurarse de que el acusado tiene información suficiente acerca de tal posibilidad procesal.

9. Los Fiscales Jefes articularán las medidas necesarias para asegurar que las conformidades alcanzadas con carácter previo se hacen efectivas sin problemas en la correspondiente vista oral, en aquellos casos en que el Fiscal encargado de asistir a la vista no sea el mismo que pactó las condiciones de dicha conformidad.

10. Del mismo modo, los Fiscales Jefes y, en su caso, los Fiscales encargados del seguimiento del Protocolo, procurarán obtener la colaboración de los Órganos Judiciales para que, pactada la conformidad con carácter previo al juicio, éste se señale en breve, citando únicamente al Fiscal y las partes a los meros efectos de ratificar la conformidad, lo que deberá solicitar el Fiscal por otrosí en el escrito de calificación o mediante escrito específicamente dirigido a ese fin. Para hacer efectivo este propósito, aunque el Protocolo señala un plazo indicativo de diez días previos al inicio del juicio, los Sres. Fiscales deberán procurar que tal comunicación llegue al Órgano Judicial antes de que éste acuerde el señalamiento del juicio, o en todo caso antes de que la oficina judicial comience a tramitar la preparación del mismo.

Asimismo, los Fiscales Jefes recabarán la colaboración de los correspondientes Órganos de gobierno del Poder Judicial y de los titulares de los Órganos de enjuiciamiento para que se acumulen en lo posible esta clase de señalamientos, con el objeto de aligerar y racionalizar la agenda judicial. Y, en fin, tratarán de obtener la cooperación de dichos Órganos de enjuiciamiento para

**preservar la confidencialidad de las conversaciones entre Fiscal y Abogado cuando la conformidad, no habiendo sido posible antes, deba negociarse con carácter inmediatamente previo a la vista oral.**

**En virtud de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales, en el ejercicio de sus funciones, velarán por el efectivo cumplimiento de la presente Instrucción.**

Madrid, 22 de junio de 2009

**EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO**

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.**

## **INSTRUCCIÓN 3/2009**

### **INSTRUCCIÓN SOBRE EL CONTROL DE LA FORMA EN QUE HA DE PRACTICARSE LA DETENCIÓN**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

Íntimamente unida a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del individuo, la libertad se consagra en la Constitución Española como un valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Estos principios superiores han de presidir toda interpretación que se haga del sistema normativo. Desde este punto de vista, la libertad consiste en la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses o preferencias (STC 132/89).

Uno de los aspectos esenciales de la libertad así considerada es la libertad ambulatoria o de movimientos, que en el texto constitucional se configura como un derecho fundamental especialmente protegido. Así, el artículo 17,1 de la Ley Fundamental proclama que *“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista por la ley”*.

En el diseño constitucional, el artículo 124,1 de la Constitución española asigna al Ministerio Fiscal la trascendente función de promover la acción de la

justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, misión que se concreta en el artículo 3,3 del Estatuto Orgánico, al atribuirle el cometido de *“velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuantas actuaciones exija su defensa”*, y que en el específico ámbito del proceso penal se materializa, como recuerda la Instrucción 2/2008 de la Fiscalía General del Estado, en la obligación del Fiscal de *velar por el respeto de las garantías procesales del imputado* (art. 773,1 LECrim).

## **II. LA DETENCIÓN COMO RESTRICCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LIBERTAD**

El derecho a la libertad, como todos los demás, no es absoluto, y la propia Constitución prevé que pueda ser limitado en ciertos casos. Pero cualquier ley que contemple la posibilidad de que se vea recortado su ejercicio debe respetar la debida *“proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan -aun previstas en la ley- restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”* (STC 178/85). La detención, en cuanto medida cautelar que comporta la privación de libertad de la persona durante un limitado espacio de tiempo -el imprescindible para presentar al detenido ante la autoridad judicial y, en su caso, tomarle declaración-, constituye una restricción de un derecho fundamental, y debe por ello estar provista de una serie de garantías que la hagan constitucionalmente admisible.

Algunas de estas cautelas tienen que ver con la protección del derecho de defensa, como la referente al derecho a ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible al detenido, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten (art. 520.2 LECrim), así como el derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere y a no

contestar alguna o algunas de las preguntas que se le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez (art. 520.2 a) LECrim), o la que alude al derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 520.2 b) LECrim), y también forman parte de estas garantías el derecho a designar abogado (art. 520.2. c) LECrim) o intérprete, cuando se trate de un extranjero que no comprenda o no hable el castellano (art. 520.2 e) LECrim); otras guardan relación con el control del lugar de custodia, como la que preconiza que se ponga en conocimiento del familiar o persona que aquél designe el hecho de la detención y el lugar en que en cada momento se halle (art. 520.2 d) LECrim); otras, con la incolumidad del detenido, como el derecho a ser reconocido por el médico forense (art. 520.2 f) LECrim). Como antecedente de estas garantías el legislador establece una norma general que es la que especialmente nos interesa, relativa a la forma en que ha de llevarse a efecto la detención, al indicar que la misma debe practicarse del modo que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio de quien es objeto de la medida (art 520.1 LECrim). Se trata sin duda de un medio instrumental para proteger la dignidad e intimidad de las personas.

Gráficamente se ha caracterizado al derecho procesal penal como el sismógrafo de la Constitución. Por medio de él se establece una relación dialéctica entre el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado y los derechos de defensa del imputado. Las medidas cautelares que se pueden imponer durante la tramitación de un proceso penal constituyen una de las injerencias más graves que el Estado puede realizar en los derechos de los ciudadanos. La mera iniciación de un proceso penal grava al inculpado. Sus consecuencias negativas -afectación de su consideración social y profesional- pueden a veces ser más onerosas que la posible sanción a imponer posteriormente. Por ello el derecho procesal penal sólo debe incidir en los derechos del imputado en la medida en que ello sea indispensable para el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de los objetivos que con el mismo se pretenden.

### **III. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN ACTUAL**

El antecedente inmediato de la regulación actual se encuentra en la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que dio una nueva redacción al párrafo primero del art. 520 LECrim, disponiendo que *“la detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado”*.

La Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado, de 30 de diciembre, al comentar esta nueva regulación de la privación cautelar de la libertad, destacó que su éxito dependería, entre otros factores, de *“la función vigilante del Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la observancia de los nuevos preceptos, interpretarlos con cautela y acierto, así como moderar cualquier exceso y combatir las corruptelas que, desbaratando la justeza de la medida, la desnaturalicen y conduzcan al fracaso”*. La misma Circular se refirió a la nueva regulación de la detención valorando especialmente el establecimiento de *“un orden de garantías a favor del detenido o preso, garantías que tienen rango constitucional”*, e indicando, en concreto, en relación con la forma de llevar a cabo la detención, que se reforzaban, con esta nueva disposición, las *“prevenciones relativas a la moderación con que debe ejecutarse el arresto del detenido o preso”*.

### **IV. EL MARCO LEGAL Y REGLAMENTARIO ACTUAL SOBRE LA FORMA EN QUE HA DE PRACTICARSE LA DETENCIÓN**

La regulación vigente del primer apartado del art. 520,1º LECrim procede de la redacción dada por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 diciembre. Su tenor literal dice así: *“La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”*.

También la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, en su artículo 18 prevé que *“los traslados de detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción”*.

Estas normas han de ser complementadas con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que en su artículo 5,3, referido al tratamiento de detenidos, establece, en su inciso b), que los agentes *“velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas”*. Asimismo, el artículo 5,2 dispone como principio básico de la actividad de los integrantes de los cuerpos policiales el *“impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral”* (inciso a), al que se agrega que actuarán siempre de conformidad con *“los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance”* (inciso c).

En la interpretación de estos apartados hay que tener también presentes los textos internacionales. Así, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, dispone que *“en el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas”*. Por su parte, el Código Europeo de Ética Policial, Recomendación Rec (2001) 10, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001, plantea que *“la policía sólo debe interferir en el derecho individual a la privacidad cuando sea estrictamente necesario y con la finalidad exclusiva de obtener un legítimo objetivo”* (recomendación 41), e igualmente indica que *“la privación de libertad debe limitarse tanto como sea posible y aplicarse con respeto a la*



*dignidad de la persona, y a la vulnerabilidad y necesidades personales de cada detenido” (recomendación 54).*

En este ámbito ha de recordarse igualmente la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial, donde, en relación con el tema que nos ocupa, en la instrucción primera, apartado segundo, se concretan los siguientes principios de actuación: *“Decidida la procedencia de la detención, el agente policial deberá llevarla a cabo con oportunidad, entendiendo ésta como la correcta valoración y decisión del momento, lugar y modo de efectuarla, ponderando, para ello, el interés de la investigación, la peligrosidad del delincuente y la urgencia del aseguramiento personal”*. Por su parte, la instrucción novena, referida al esposamiento del detenido, dispone que *“el agente que practique la detención o conducción, en atención a factores como las características del delito o la actitud del detenido, podrá valorar la conveniencia de aplicar o no esta medida con la finalidad de incrementar la discreción y no perjudicar la reputación del detenido”,* así como que *“para preservar la intimidad del detenido, se evitará prolongar innecesariamente su exposición al público más allá de lo imprescindible”*. A su vez la instrucción décima preceptúa que *“los traslados -de personas detenidas- se realizarán proporcionando al detenido un trato digno y respetuoso con los derechos fundamentales que sea compatible con las incomodidades que puede requerir la seguridad de la conducción”*.

## **V. ASPECTOS IMPLICADOS EN UNA CORRECTA EJECUCIÓN DE LA DETENCIÓN**

Son varios los principios y derechos constitucionales que determinan la exigencia de que la detención se practique de la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y/o patrimonio.

En efecto, esta cautela es expresión del principio de proporcionalidad. Su ámbito operativo no sólo se refiere al uso de la violencia, en el sentido de que ha de utilizarse el medio menos gravoso de entre los disponibles en atención al motivo de la detención, sino que también se extiende a la protección de la esfera íntima de la persona, a la que ha de ocasionarse el menor perjuicio posible.

Por otra parte, la libertad personal es un derecho fundamental inseparable de la dignidad humana. Las medidas cautelares de carácter personal suponen para el afectado, además de una limitación de su libertad, un gravamen con gran repercusión social, por lo que dichas medidas han de llevarse a cabo con el necesario respeto a la reputación y dignidad de su persona. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Wieser contra Austria, 22 de febrero de 2007; Novak contra Croacia, 14 de junio de 2007) ha señalado que la detención debe producirse en unas condiciones compatibles con la dignidad humana, sin que por su modo de ejecución se pueda someter al detenido a una penuria que exceda el nivel de sufrimiento inherente a la medida.

La detención no debe vulnerar innecesariamente otros derechos fundamentales, como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona detenida. Estos derechos, a pesar de la especificidad de cada uno de ellos, presentan una clara unidad como derechos de la personalidad, en tanto que protegen un ámbito privado, reservado al propio individuo, del que quedan, en principio, excluidos los demás, salvo consentimiento del titular o colisión con otros derechos o intereses preferentes en el caso concreto. Constituyen, al propio tiempo, una derivación de la dignidad de la persona (STC 231/88) y gozan de una doble mención constitucional, al aparecer regulados en el artículo 18,1 de la Ley Fundamental y en el 20,4 del mismo texto como límite al derecho de libertad de información.

La forma de la detención también se relaciona con el derecho a la seguridad, entendida como seguridad personal (STC 186/90). Tanto el artículo 17 de la Constitución Española como el 5 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales vinculan la libertad y la seguridad. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ambos términos aluden a un todo, debiendo entenderse comprendida la seguridad dentro de la noción de libertad. El derecho a la seguridad ampara al individuo frente a cualquier arbitraria intromisión de los poderes públicos en esa libertad (STC 15/86). De esta idea surgen todos los tipos penales que protegen el respeto del conjunto de garantías inherentes a una detención efectuada conforme a derecho.

Finalmente, en la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la forma y requisitos con que ha de practicarse la detención late implícita la presunción de inocencia, reconocida por el artículo 6,2 del citado Convenio Europeo y por el 24,2 de la Constitución española. Aquí la presunción interina de inculpabilidad como derecho subjetivo debe manifestarse en un doble plano (STC 109/86); Así, por una parte, como es de sobra conocido, es precisa una prueba de cargo suficiente para quebrar tal presunción (eficacia procesal del derecho), aun cuando en la fase del procedimiento en que generalmente tendrá lugar la detención sólo quepa hablar de indicios de la comisión de un hecho delictivo. Pero, por otra parte, el detenido ha de ser tratado como inocente hasta que no se demuestre su culpabilidad (eficacia extraprocesal del derecho), y como consecuencia de ello, debe ser protegido de la curiosidad del público y de una excesiva publicidad. Especialmente debe evitarse que aparezca esposado frente a los fotógrafos y las cámaras de televisión, ya que los derechos del inculpado también han de ser tenidos en cuenta por los medios de comunicación. Con carácter general, y en cuanto al tratamiento de estas situaciones por parte de los medios de comunicación, ha de realizarse una ponderación de bienes orientada por el principio de proporcionalidad al entrar en conflicto el derecho del presunto inocente a su honor, dignidad, intimidad e imagen y la libertad de información.

## VI. SOBRE LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Si bien no es frecuente que el Fiscal ordene la detención de una persona, siendo la práctica habitual que, cuando el Fiscal comparece ante el Juzgado, la medida cautelar ya se haya llevado a efecto, pueden darse casos en que se acuerde la práctica de esta medida cautelar durante la tramitación de unas diligencias preprocesales de investigación. En tales supuestos hay que recordar que la Instrucción 1/2008, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, se refiere a la posibilidad de que el Fiscal imparta instrucciones generales y/o particulares a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, marco en el que, cuando el caso lo requiera, podrán realizarse algunas indicaciones sobre los aspectos que se tratarán posteriormente, como también permite el artículo 4,4 del Estatuto Orgánico.

La citada Instrucción establece asimismo que los Sres./Sras. Fiscales Jefes Provinciales despachen con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial con la frecuencia necesaria y les imparten las instrucciones precisas para el correcto desarrollo jurídico de la investigación. Estas reuniones, así como las que tengan lugar en el seno de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, constituyen, sin duda, un ámbito adecuado para participar a la Policía Judicial las conclusiones de esta Instrucción.

A su vez, la Instrucción 3/2005, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, recuerda, en la línea de lo afirmado anteriormente, que *“cuando los Sres. Fiscales proporcionen información habrán de tener siempre presente que el derecho a la presunción de inocencia no sólo garantiza al imputado ser absuelto si ante el tribunal no se prueba debidamente su culpabilidad, sino también ser tratado como inocente y no como culpable en*

*tanto no sea declarada su culpabilidad por el único que constitucionalmente puede hacerlo. Es por tanto necesario en estas informaciones durante la tramitación de la causa resaltar en todo caso que el imputado o acusado sigue disfrutando de la presunción de inocencia".* Además, añade que *"por regla general en el supuesto de asuntos de interés general afectantes a personajes con relevancia pública estaría permitida la mención del nombre del imputado. Por contra, en los supuestos que se han denominado de criminalidad cotidiana el nombre del imputado debe -también en principio- permanecer en el anonimato (por ejemplo mediante la única mención de sus iniciales)".* En aplicación de estos criterios, sin duda con mayor razón habrá de restringirse la publicidad del momento en que se lleva a cabo la detención cautelar de una persona. Es por ello por lo que la propia Instrucción citada afirma que el principio de limitación de la publicidad en la instrucción de las causas penales tiene también su reflejo en el apartado primero del artículo 520 LECrim, referido a la moderación en la forma en que ha de practicarse la detención.

Finalmente, aun cuando el Fiscal no acuerde directamente la práctica de la detención, en virtud de la Instrucción 2/2008 sobre las funciones del Fiscal en la fase de instrucción, y como ya se mencionó anteriormente, esta circunstancia no le exime de velar por el respeto de las garantías procesales del imputado, entre las que se cuentan la correcta práctica de la detención.

Como resumen de todo lo dicho, si bien la detención cautelar de una persona será generalmente acordada por la autoridad judicial o por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los representantes del Ministerio Fiscal, en cumplimiento de las importantes funciones tuitivas que el ordenamiento jurídico les otorga en defensa de los derechos de los ciudadanos en general, y de las garantías procesales de los imputados en particular, deberán velar por que la misma se practique de la forma menos lesiva para la dignidad e intimidad de los afectados por la medida.

En este sentido, las líneas básicas a tener en cuenta sobre el modo de practicar la detención, han de ser, esencialmente, las siguientes:

El momento en que se decide llevar a efecto la práctica de la detención de una persona debe ser cumplidamente ponderado. No es aconsejable ordenar la detención en acontecimientos sociales o en lugares públicos, profesionales o de trabajo, salvo que exista un riesgo de fuga que sólo se pueda conjurar de ese modo.

Tanto la detención como el traslado han de practicarse de manera que se garantice el respeto a la dignidad de la persona detenida, debiéndose adoptar las oportunas cautelas para proteger a las personas trasladadas de la curiosidad del público y de todo tipo de publicidad. Asimismo ha de evitarse, en la medida de lo posible, que aparezcan esposados o engrilletados frente a los fotógrafos y las cámaras de televisión.

En todo caso, no debe olvidarse que el detenido mantiene el derecho a la presunción de inocencia hasta que la misma sea enervada mediante la prueba de su culpabilidad. Por ello, la información que se facilite a los medios de comunicación acerca de detenciones y traslados ha de respetar, en todo caso, el citado derecho, debiéndose evitar la difusión de datos o imágenes que de forma desproporcionada puedan afectar al honor de las personas sujetas a aquellas medidas.

En consecuencia, los Sres./Sras. Fiscales deberán hacer valer estos principios a través de las instrucciones de carácter general o particular que, al respecto, den a la Policía Judicial, especialmente en los supuestos en que la actuación se lleve a efecto en el curso de diligencias de investigación preprocesal, o bien mediante los cauces procesales pertinentes cuando la detención haya sido acordada por las autoridades judiciales en el seno de una investigación criminal, y el estado de la causa lo haga factible.

## VII. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Ministerio Fiscal tiene constitucionalmente asignada la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 124 CE). Una faceta de esta misión consiste en velar por el respeto de las garantías procesales del imputado (art. 773,1 LECrim.), entre las que se encuentra el derecho a que su detención se lleve a efecto en la forma que menos le perjudique en su persona, reputación y patrimonio. (art.520.1 LECrim).

SEGUNDA. La detención, para que sea constitucionalmente admisible, debe estar rodeada de una serie de presupuestos y garantías, una de las cuales es la moderación en el modo de ejecución de la misma. Esta previsión trata de proteger tanto la dignidad, honor, intimidad y derecho a la propia imagen de las personas, como el respeto a la presunción de inocencia, y se configura, al mismo tiempo, como expresión de los principios de proporcionalidad y seguridad.

TERCERA. En el ejercicio de sus funciones, los Sres/Sras Fiscales velarán por el cumplimiento de los siguientes principios:

1) El momento en que se decida llevar a efecto la práctica de la detención de una persona ha de ser cumplidamente ponderado. No es aconsejable ordenar la detención en acontecimientos sociales o en lugares públicos, profesionales o de trabajo, salvo que exista un riesgo de fuga que sólo se pueda conjurar de ese modo.

2) Tanto la detención como el traslado deben practicarse de manera que se garantice el respeto a la dignidad de la persona detenida, adoptándose las oportunas cautelas para proteger a las personas trasladadas de la curiosidad del público y de todo tipo de publicidad, así como evitándose en la medida de lo

posible, que aparezcan esposados o engrilletados frente a los fotógrafos y las cámaras de televisión.

3) El detenido mantiene el derecho a la presunción de inocencia hasta que se declare su culpabilidad por parte del órgano constitucionalmente competente para ello. Por ello, la información que se facilite a los medios de comunicación acerca de detenciones y traslados ha de respetar, en todo caso, el mencionado derecho, debiéndose evitar la difusión de datos o imágenes que, de forma desproporcionada, puedan afectar al honor de las personas sujetas a aquellas medidas.

CUARTA. Los Sres/Sras Fiscales Jefes, por medio de Instrucciones Generales, o a través de su participación en las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial, en los términos previstos en el art. 4,4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el artículo 773.1 apartado segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Instrucción 1/2008 de la Fiscalía General del Estado sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial, darán a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en los casos en que lo consideren adecuado, las oportunas directrices sobre el modo y circunstancias de la práctica de la detención.

QUINTA. En el curso de diligencias preprocesales de investigación, los mismos artículos y documentos citados en la conclusión anterior permiten que los Sres/Sras Fiscales dicten instrucciones particulares a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, por lo que, cuando el caso lo requiera, se podrán dar también directrices en ese ámbito sobre la correcta práctica de la detención.

SEXTA. Cuando la detención haya sido acordada por las autoridades judiciales, su control se hará valer mediante los cauces procesales pertinentes.



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

Madrid, 23 de diciembre de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES  
PROVINCIALES Y DE ÁREA.**



## INSTRUCCIÓN Nº 4/2009

### **SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LAS SECCIONES DE LO CIVIL Y DEL REGIMEN ESPECIALIZADO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y TUTELAS.**

ÍNDICE. I. El ámbito funcional de las Secciones especializadas en Civil de las Fiscalías. II. Funcionamiento y cometido de las Secciones especializadas en Civil. III. Las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la protección de las personas con discapacidad. IV. Régimen de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. V. Conclusiones.

#### **I. EL ÁMBITO FUNCIONAL DE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS EN CIVIL DE LAS FISCALÍAS.**

Son numerosas las controversias dirimidas en el orden jurisdiccional civil que trascienden del interés particular de los litigantes y que, por tanto, reclaman la presencia obligada del Ministerio Fiscal, entre cuyas funciones constitucionales figura, en el ámbito de la administración de justicia, la de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley, así como, en determinados supuestos, de los de personas con discapacidad, desvalidas o menores de edad.

Así, en desarrollo del art. 124 CE, el artículo 3 EOMF regula las funciones del Ministerio Fiscal, a cuyo tenor su intervención en el ámbito civil



se produce esencialmente, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (art. 3.6 EOMF), cuando esté comprometido el interés social o cuando pueda afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provean los mecanismos ordinarios de representación (art. 3.7), cuando sea precisa para mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales (art. 3.8) o para velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social (art. 3.9), así como en la tutela del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 249.4 LEC, arts. 3 y 4 LO 1/1982, de 5 de mayo y art. 4.2 LO 1/96, de 15 de enero). A su vez es destacable la intervención del Ministerio Público en materia de Registro Civil, la cual se ha incrementado notablemente con motivo del fenómeno de la inmigración, que ha incidido sobre todo en materia de nacionalidad y matrimonio.

La conciencia de la importancia y trascendencia de tales funciones ha llevado en algunas Fiscalías, sobre todo a partir del impulso producido por la Instrucción nº 11/2005 de la Fiscalía General del Estado, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE*, a prestar atención especializada en este ámbito de actuación del Ministerio Público mediante la constitución de Secciones de lo Civil.

El funcionamiento de dichas Secciones especializadas en el despacho de los asuntos del orden jurisdiccional civil, se ha revelado muy eficaz para afrontar las numerosas y nuevas situaciones que se presentan en dicho ámbito de actuación del Ministerio Fiscal y por ello, se estima conveniente extender dicha experiencia a la estructura de todas las Fiscalías Provinciales y, en su caso, a las de Área. Este es el objeto de la presente Instrucción, la cual, partiendo de los aspectos ya definidos en la Instrucción



nº 11/2005, establece las pautas organizativas precisas para hacer efectivo el principio de unidad de actuación conjurando el riesgo de prácticas dispersas y descoordinadas mediante la puesta en funcionamiento de las Secciones de lo Civil de las distintas Fiscalías territoriales.

A su vez, mediante la presente, se desarrolla la Instrucción nº 4/2008 *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de las personas con discapacidad*, estableciendo un régimen de atención especializada en esta materia, encomendado a los Fiscales de las Secciones de lo Civil.

La acción promotora en materia de unificación de criterios de las distintas Secciones territoriales de lo Civil, será ejercida por el Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que además de las funciones que desarrolla ordinariamente ante el Tribunal Supremo, actúa como Fiscal de Sala Delegado del Fiscal General del Estado para la jurisdicción civil, y a estos efectos ejerce la coordinación de la actuación de los Fiscales territoriales, así como las demás funciones encomendadas en la citada Instrucción nº 11/2005 en relación con el orden jurisdiccional civil.

## **II.- FUNCIONAMIENTO Y COMETIDO DE LAS SECCIONES ESPECIALIZADAS EN CIVIL.**

En cada Fiscalía Provincial y, en su caso, cuando el volumen o las características de la actividad lo aconsejen, en las de Área, existirá una Sección con cometidos específicos en el ámbito de las funciones del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional civil.



Las Secciones de lo Civil, cuya composición variará en función de las plantillas y de la entidad cuantitativa del trabajo a desarrollar en cada caso, estarán integradas por los Fiscales designados por el Fiscal Jefe en virtud de los criterios establecidos en el art. 18.3 EOMF y en la Instrucción nº 5/2008 *sobre adaptación del sistema de nombramiento y estatus de los delegados de las secciones especializadas de las Fiscalías y del régimen interno de comunicación y relación con las áreas de especialización delegada tras la reforma del EOMF operada por Ley 24/2007 de 9 de octubre.*

En todo caso se procurará, cuando la plantilla lo permita, que la Sección de lo Civil esté integrada por al menos dos Fiscales, con el fin de generar continuidad en el servicio, evitando mediante un sistema de suplencias que el mismo se vea alterado por vacantes, vacaciones u otras licencias o permisos. No obstante la asistencia a vistas, podrá realizarse por otros miembros de la Fiscalía cuando las circunstancias de acumulación con otros señalamientos, distancia en los desplazamientos a los órganos jurisdiccionales o de otra índole así lo aconsejen, sin perjuicio de que la posición a mantener en los asuntos concretos sea objeto de indicación y supervisión por los Sres. Fiscales responsables de la Sección de lo Civil.

Como se establece, con carácter general, en la citada Instrucción 5/2008, que desarrolla el art. 18 EOMF, la adscripción de los Sres. Fiscales a esta materia no implica su exclusiva dedicación al despacho de los asuntos referidos a la misma, aun cuando ello pueda resultar conveniente en determinados casos. Es decir, los Sres. Fiscales adscritos a la Sección de lo Civil podrán compatibilizar su actividad especializada actuando también en otros ámbitos y materias, sin perjuicio de su dedicación exclusiva cuando las necesidades de servicio así lo aconsejen.



En virtud de lo dispuesto en el art. 18.3 párrafo segundo EOMF, no es necesario que el responsable provincial de la Sección de lo Civil tenga el estatus de Fiscal Decano, cuya designación dependerá de la entidad de la Sección, subordinada a las necesidades impuestas por el volumen de asuntos y las disponibilidades de la plantilla orgánica -que determina el número máximo de Fiscales Decanos que se pueden designar en cada Fiscalía-. Por tanto, allí donde las circunstancias no lo aconsejen o no permitan el nombramiento de un Decano como responsable de la Sección, podrá encomendarse esta función a uno de los Fiscales integrados en la Sección de lo Civil de conformidad con lo establecido en la Instrucción nº 5/2008 de la Fiscalía General del Estado.

En cuanto a la delimitación de los cometidos de las Secciones de lo Civil hay que señalar que el ordenamiento jurídico español se caracteriza por una cierta falta de sistemática en la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden jurisdiccional civil. Tal circunstancia ya se puso de manifiesto en la Instrucción nº 1/2001, sobre la *incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, y también en la anteriormente citada Instrucción nº 11/2005. En ambos documentos se significaba la dificultad en la determinación de los actos procesales propios del orden jurisdiccional civil, en los que la presencia del Fiscal -en cuanto defensor constitucional de los intereses públicos- debe estar garantizada.

Sin embargo, tal imprecisión normativa no afecta a los procesos enumerados en el art. 749.1 LEC, entre los que se encuentran los relativos a la capacidad de las personas, en los que la voluntad del legislador es expresa en el sentido de que el Fiscal será siempre parte en los mismos.



### **III.- LAS FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

No existe en la actualidad un concepto homogéneamente aceptado sobre persona con discapacidad, por ello la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, -además de proclamar el objetivo de garantizar el derecho constitucional de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social- con propósito unificador establece que a los efectos de dicha Ley, *tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 %. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 % los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 1.2).*

También la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad -a los únicos efectos de dicha Ley-:

- a) *Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.*
- b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.*



El expresado concepto de personas con discapacidad no se corresponde exactamente con el de aquellas respecto de las que la legalidad actual atribuye al Fiscal funciones concretas de protección en el orden jurisdiccional civil.

En este sentido se expresa la Exposición de Motivos de la referida Ley 41/2003, significando que los *beneficiarios de este patrimonio pueden ser, exclusivamente, las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas.*

El ámbito de actuación del Ministerio Fiscal en materia de protección de las personas con discapacidad está inicialmente concretado en torno a lo dispuesto en el artículo 200 CC en relación a *las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*, precepto que se complementa con el art. 228 CC al establecer que *si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela*, así como con el art. 299 bis CC que dispone que *cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal.*

Estas disposiciones encuentran su concordancia en la ley procesal civil, que atribuye al Fiscal una peculiar posición de garante de los derechos de las personas con discapacidad en los procesos en que se encuentran





afectados sus intereses, quedando encargado el mismo de la integración de la capacidad de aquellas personas que lo precisen, cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa (arts. 8.2 LCE), estando legitimado para instar la reintegración de la capacidad o la modificación del alcance de la incapacidad declarada (art. 761.2 LEC), regulándose la posibilidad legal de instar medidas cautelares (art. 762.2 LEC), así como su labor dictaminadora a la hora de acordar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763.3 LEC). A lo que hay que añadir la especial vigilancia sobre las incidencias que puedan surgir en los procesos que afecten a los derechos fundamentales de personas desvalidas o con discapacidad.

Sucesivas reformas legislativas han venido ampliando las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en materia de protección de las personas con discapacidad, potenciando el protagonismo de la Institución en el desarrollo del Estado Social que consagra la Constitución Española, así la citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, que tiene por objeto *regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial*, atribuye al Fiscal la supervisión institucional del patrimonio protegido (art. 7), a través de dos tipos de actuaciones:

a) Una *supervisión permanente y general* de la administración del patrimonio protegido, a la que se refiere el art. 7.1:

*“1. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio*



*de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.*

*El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido”*

b) Una *supervisión esporádica y concreta*, a cuyo efecto dispone el art. 7.2:

*“2. Cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres, el administrador del patrimonio protegido deberá rendir cuentas de su gestión al Ministerio Fiscal cuando lo determine éste y, en todo caso, anualmente, mediante la remisión de una relación de su gestión y un inventario de los bienes y derechos que lo formen, todo ello justificado documentalmente.*

*El Ministerio Fiscal podrá requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes”.*

Además, el apartado 3 del art. 7 de esta Ley, crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad como órgano interministerial de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en las funciones de supervisión de la administración del patrimonio protegido que le corresponden, precepto que ha sido modificado por Ley 1/2009, de 25 de marzo, y cuyo tenor actual es el siguiente:

*“3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la*



*Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.*

*La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente”.*

El marco jurídico de protección también está integrado por los tratados internacionales suscritos en los últimos años por España, destacando en este ámbito el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con vigencia en España desde el 3 de mayo de 2008.

*Esta Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

La aplicación de dicha Convención hace previsible una serie de reformas legislativas en diversos ámbitos, encauzadas al propósito expresado en el art. 1, de *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*, toda vez que se exhorta a los Estados a reconocer que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida* -art. 12.2- y a que se adopten *las medidas pertinentes para proporcionar acceso*



*a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica -art. 12.3-, asegurando que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (...) respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial -art. 12.4-.*

En definitiva, la Convención pone de relieve la necesidad de adaptar el ámbito jurídico de los procesos judiciales de incapacidad de tal forma que prime la protección y mejora de las condiciones personales y patrimoniales de la persona con discapacidad sobre la de su entorno familiar o social.

La Convención también promueve la adopción de medidas legislativas para asegurar la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad - art. 14-, siendo de destacar en el ámbito que nos ocupa que en su art. 13.2 establece que *“a fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia...”*.

La Fiscalía General del Estado, en los últimos años, ha desarrollado ampliamente el papel protector del Ministerio Fiscal en relación con las personas con discapacidad o desvalidas, estableciendo pautas y criterios generales de actuación que se han recogido en diversos documentos, como son: la Circular 2/1984, de 8 de junio, *sobre internamiento de presuntos incapaces*; la Consulta de 25 de abril de 1985, *sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial*; la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el*



*Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos; la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad; la Consulta 1/1991, de 31 de enero, sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas; la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas; y la Instrucción 4/2008 sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.*

A través de los expresados documentos la Fiscalía General del Estado ha ido promoviendo y dinamizando la respuesta eficaz que la sociedad reclama del Ministerio Fiscal en su función de protector de las personas con discapacidad, que en estos momentos -hasta que se produzcan las reformas legislativas que propugna la expresada Convención- ha de estructurarse necesariamente sobre los expresados instrumentos legales vigentes.

La actuación del Ministerio Fiscal en relación con la situación de las personas con discapacidad se ha ido reforzando, haciéndose a su vez más dinámica y comprometida con los profundos cambios demográficos y sociales producidos en los últimos años. Así debido al incremento progresivo de la población de personas mayores y, en consecuencia, del aumento de situaciones de discapacidad derivadas de la edad, ha sido necesario recurrir a la creación dentro de la Institución de una figura singular, articulada como una Delegación del Fiscal General del Estado a título personal, que en la actualidad encarna un Fiscal de Sala emérito, con el objetivo de garantizar la debida atención en esta sensible materia en todo el territorio nacional, sin que dicha delegación implique estructura adicional alguna a nivel provincial o autonómico.



Por su parte, en el ámbito jurisdiccional, la ingente problemática que plantean las muy diversas situaciones jurídicas inherentes a la protección de las personas con discapacidad, ha determinado la creación de órganos - Juzgados y Secciones de Audiencias- especializados con carácter exclusivo en incapacidades y tutelas, en ocasiones con la formula mixta de encuadrarlos junto con los órganos jurisdiccionales especializados en cuestiones de “familia”, cuyas actuaciones demandan una constante y pormenorizada atención por parte de la Fiscalía, que puede justificar, en determinados casos, la dedicación exclusiva a esta materia.

Además, como se pone de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, dicho grupo de personas *constituye un sector de población, heterogéneo, aunque todas ellas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.* En este objetivo integrador están implicados diversos organismos e instituciones de carácter público y privado, con los cuales los Sres. Fiscales deben mantener relaciones, contactos y comunicaciones, imprescindibles para ejercer correctamente las funciones de control y vigilancia que el ordenamiento atribuye al Fiscal, y que fueron objeto de análisis detallado en la citada Instrucción 4/2008.

Las Fiscalías territoriales abordan con encomiable celo todos estos cometidos, como se refleja en sus Memorias, a través de las que se detecta una progresiva ampliación de los ámbitos de actuación del Ministerio Público, al tiempo que una mayor implicación en los complejos problemas que habitualmente se presentan. Además, en algunas Fiscalías territoriales ya existen fiscales especializados en esta materia, los cuales constituyen



conjuntamente un entramado a nivel nacional, cuyo trabajo y reflexión abarca todas las cuestiones con dimensión jurídica referidas a las personas con discapacidad, por lo que sus aportaciones están siendo de gran utilidad para la elaboración de las respuestas que va ofreciendo el Ministerio Fiscal en esta materia.

Todas estas circunstancias aconsejan que se establezca en todas las Fiscalías Provinciales y, en su caso, en las de Área, un régimen especializado para el tratamiento de las cuestiones relacionadas con las discapacidades y tutelas, en el marco de las correspondientes Secciones de lo Civil, que permita articular respuestas eficaces y acordes con los criterios uniformes establecidos por la Institución en defensa de los más desvalidos.

La conveniencia de organizar un sistema de especialización en esta materia también fue abordada y objeto de debate en el Pleno del Consejo Fiscal de fecha de 22 de septiembre de 2009.

#### **IV.- RÉGIMEN DE ATENCIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y TUTELAS.**

Como ha quedado expresado *ut supra*, entre los objetivos de la presente instrucción se encuentra el establecimiento y organización de un sistema de atención especializada en la protección de las personas con discapacidad, integrado en las Secciones de lo Civil de las distintas Fiscalías Provinciales y, en su caso, en las de Área.

El principio básico que debe regir la estructura y funcionamiento del régimen de asistencia en materia de protección de las personas con discapacidad es que cada Fiscalía territorial disponga de facultades autoorganizativas en relación al diseño e integración de este área de



actuación, debiendo quedar garantizada, en todo caso, la debida atención especializada a los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Dentro de este marco, atendiendo a criterios cuantitativos, cualitativos, de eficacia y racionalización del trabajo, deberán adscribirse alguno o algunos de los Sres. Fiscales de la Sección de lo Civil al despacho de los asuntos de protección de personas con discapacidad (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales). Cuando la plantilla lo permita, se procurará que al menos dos Fiscales de la Sección participen con continuidad especializada en el seguimiento y tramitación de dichos asuntos relativos a la protección de personas con discapacidad, con el fin de generar continuidad en el servicio sin que vacantes, vacaciones u otras licencias o permisos puedan afectar al buen funcionamiento del mismo. No obstante la asistencia a vistas, podrá realizarse por otros miembros de la Fiscalía cuando las circunstancias de acumulación con otros señalamientos, distancia en los desplazamientos a los órganos jurisdiccionales o de otra índole así lo aconsejen, sin perjuicio de que la posición que deba mantener el Fiscal en asuntos concretos sea objeto de indicación y supervisión por el Decano o responsable de la Sección de lo Civil, o, en su caso, de los Sres. Fiscales designados para atender el régimen especializado de discapacidades y tutelas.

La organización dentro de las Secciones de lo Civil de este régimen de atención especializada en materia de discapacidades y tutelas ha de ser flexible y podrá adaptarse a esquemas diversos en atención a la situación real de las diversas Fiscalías territoriales, lo cual permitirá la continuidad de la adscripción de los Sres. Fiscales que ya venían ejerciendo tales funciones, organizados en algunos casos como subsecciones especializadas en sus correspondientes Fiscalías, cuando las necesidades del servicio lo sigan exigiendo, así como la creación *ex novo* de otras subsecciones





especializadas dependientes, en todo caso, de las Secciones de Civil, allí donde las circunstancias lo requieran.

Con el objeto de que se produzca el seguimiento permanente de los asuntos relativos a discapacidades y tutelas, así como su adecuada coordinación, se evitará que el reparto de los mismos se realice de forma indiscriminada o aleatoria entre todos los fiscales de la Sección de lo Civil. Por contra, estos asuntos deberán ser atendidos por los Sres. Fiscales que tengan encomendada específicamente esta tarea de atención especializada en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas, bien compartida con otras materias, bien en régimen de exclusividad, en atención a las necesidades de la Fiscalía correspondiente.

## **V. CONCLUSIONES.**

Primera.- En todas las Fiscalías Provinciales se constituirá una Sección de lo Civil que estará integrada por el número de Fiscales que se estimen precisos, atendiendo a las necesidades derivadas de los servicios que debe atender el Ministerio Fiscal en dicho territorio.

Segunda.- Cuando el volumen o las características de la actividad lo aconseje y la plantilla lo permita, los Sres. Fiscales Jefes de Área promoverán la constitución de una Sección de lo Civil para actuar en el ámbito de su competencia territorial, adscribiendo a la misma a Fiscales que se encargarán de la atención específica de los asuntos relativos a esta materia.

Tercera.- Las Secciones de lo Civil tendrán competencia especializada para el despacho de los asuntos relativos al orden jurisdiccional civil.



Cuarta.- Los Sres. Fiscales adscritos a la Sección de lo Civil podrán compatibilizar su actividad especializada actuando también en otros ámbitos y materias, sin perjuicio de su dedicación exclusiva cuando las necesidades de servicio así lo aconsejen.

Quinta.- Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, establecerán un régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas, mediante la designación de Fiscales encargados del despacho de asuntos relativos a esta materia, los cuales, en todo caso, estarán integrados en las Secciones de lo Civil. Este régimen especializado también podrá establecerse en las Fiscalías de Área, cuando el volumen o las características de la actividad lo aconsejen y la plantilla lo permita.

Sexta.- La organización de las Secciones de lo Civil y la articulación del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas se efectuarán con flexibilidad, adaptándose a las necesidades del servicio de cada Fiscalía y a la existencia en su territorio de órganos jurisdiccionales especializados en esta materia.

Séptima.- Las Fiscalías que actualmente tienen establecido dicho régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas, podrán mantener su estructura sin necesidad de nueva designación de sus miembros, dentro del marco de la Sección de lo Civil del territorio de que se trate.

Octava.- En cada Fiscalía, deberá procurarse que las funciones del régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas sean asumidas al menos por dos Fiscales con el objeto de dar continuidad al tratamiento de los asuntos, con posibilidad de suplencias entre ellos en periodos de vacaciones, permisos, vacantes u otras eventualidades.



Novena.- La asistencia a señalamientos judiciales del orden jurisdiccional civil podrá realizarse por otros miembros de la Fiscalía no adscritos a la Sección de lo Civil, cuando las circunstancias de acumulación de servicios, distancia en los desplazamientos a los órganos jurisdiccionales o de otra índole así lo aconsejen, sin perjuicio de que la posición a mantener sea objeto de indicación y supervisión por el Decano o responsable de la Sección de lo Civil, o, en su caso, de los Fiscales designados para atender el régimen especializado de discapacidades y tutelas.

Décima.- Los acuerdos de las Juntas de Fiscales en materia de personas con discapacidad y tutelas serán remitidos al Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Delegado del Fiscal General del Estado para la jurisdicción civil, a los efectos de supervisión, coordinación y unificación en esta materia

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

Madrid, a 29 de diciembre de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO


EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES DE SALA, SUPERIORES Y JEFES.

**PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA JUICIOS DE CONFORMIDAD  
SUSCRITO ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL CONSEJO  
GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

Madrid, a 1 de abril de dos mil nueve

**REUNIDOS**





De una parte, el Excelentísimo Sr. Don Cándido Conde- Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, nombrado en virtud de Real Decreto 750/2008, de 9 de mayo y, en el ejercicio de la representación del Ministerio Fiscal, órgano de relevancia Constitucional con personalidad jurídica propia, según recoge en la Ley 24/2007 de 9 de octubre, por la que se modifica el artículo 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

De otra parte, el Excelentísimo Sr. Don Carlos Carnicer Diez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los Ilustres Colegios de Abogados de España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del Real Decreto 658/200, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.


Ambas partes actúan en nombre y representación de las Instituciones a las que, respectivamente, pertenecen y de manera recíproca se reconocen la competencia y la capacidad precisas para formalizar el presente Protocolo, y por ello

## EXPONEN


1. El presente Protocolo tiene por finalidad actualizar los medios de solución consensuada del proceso penal que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia dispuestos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal especialmente desde la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

La conformidad no es una novedad en nuestro ordenamiento procesal penal: su regulación originaria y esencial se recoge en los artículos 655 y 688 a 700 de la Ley Procesal penal. A esa inicial y más que centenaria normativa se le han ido superponiendo preceptos que han sido introducidos sucesivamente por leyes modificativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o complementarias de ésta. En consecuencia, la última reforma aludida no ha alterado sustancialmente los trámites de la conformidad ordinaria o común en el procedimiento abreviado ni en el sumario. El principio de consenso sigue existiendo como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en el trámite de evacuación del escrito de defensa (artículo 784.3, párrafo 1); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de la previa negociación, que se incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (artículo 784.3, párrafo 2); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba (artículo 787.1).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria tenía en la regulación precedente. Las reglas del presente Protocolo se observarán igualmente en el procedimiento de sumario ordinario, en cuanto resulten aplicables, ya sea para la conformidad prevista en el artículo 655



LECrim., ya sea para favorecer el acuerdo de la acusación y la defensa que permita la confesión del reo con renuncia a la continuación del juicio que se regula en el artículo 688. La conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionado al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización. Esta conformidad ordinaria no permite un acotamiento relevante del proceso, pues la conformidad se verifica cumplida la fase de instrucción, durante la fase intermedia o preparatoria del juicio, o en el mismo inicio de las sesiones. Probablemente responda a la necesidad de superar el limitado efecto reductor de trámites de la conformidad ordinaria la novedosa opción legislativa contenida en el artículo 801 LECrim de fomentar la vía de la negociada de solución del proceso ofreciendo una relevante rebaja de su condena al imputado que asumiere su propia responsabilidad de manera inmediata en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o en el periodo de instrucción de diligencias previas.




2. El número de sentencias de conformidad dictadas ha ido en progresivo aumento con las sucesivas reformas. El legislador ha ido potenciando la solución consensuada como un modo de terminación del conflicto penal.


3. Una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar

con la Administración de Justicia -testigos en general, funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y peritos-, pues previendo con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso, se evitan citaciones, esperas y molestias innecesarias.

Sin duda ello también revertirá de forma positiva en relación a las víctimas, que de forma más ágil y segura podrán ser reparadas del daño causado, así como en relación a los acusados, que verán finalizado el proceso de forma más ágil y consensuada.



4. El presente Protocolo pretende un sistema de conformidades sustentado por las ideas de simplicidad y agilidad. Por un lado, se establece que las distintas Fiscalías y Colegios de Abogados -o agrupaciones de los mismos-, cuenten con Fiscales y Letrados cuya misión fundamental será el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo, solventando las distintas incidencias que puedan producirse. La Fiscalía mantendrá un servicio de incidencias diario para atender las conversaciones o pactos sobre conformidad, con independencia de quién sea el Fiscal asignado al asunto. El Fiscal de incidencias actuará para la conformidad como si fuera el designado conforme a las normas de reparto a los efectos de poder atender los acuerdos y, en su caso, presentar un escrito conjunto al órgano competente según la fase procesal. En estos casos también se facilitará la cita entre los Fiscales y los Letrados.



Para los supuestos en que efectivamente se llegue a una conformidad, la propia Fiscalía se encargará de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa el acuerdo, a los efectos de que se agilice el máximo posible la Vista Oral de Conformidad, así como para que se puedan unificar en los mismos días distintas vistas de conformidades.

Y al efecto



**Fiscalía General** del Estado  
Española

Consejo General de la Abogacía

**ACUERDAN**



### **ART. 1.-OBJETO DEL PROTOCOLO**

La presente normativa tiene por objeto la organización necesaria para la celebración de los juicios de conformidad a los que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### **ART. 2.- ÁMBITO FUNCIONAL**

Se limita a aquellos delitos cuyo enjuiciamiento y fallo sea competencia de los Juzgados de lo Penal, de los Juzgados Centrales de lo Penal, de la Audiencia Provincial y de la Audiencia Nacional.



### **ART. 3.- ÁMBITO OBJETIVO**


Estas normas se aplicarán a los procedimientos de los que conozcan dichos órganos de enjuiciamiento como procedimientos abreviados y sumarios, y dentro del marco legal que nuestra Ley Ritual establece para las conformidades.

### **ART. 4.- EN EL JUZGADO DE GUARDIA**

Será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a los llamados Juicios Rápidos (artículos 801 y siguientes) sin que sea de aplicación el presente Protocolo.

## **ART. 5.- EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**


### **I.-En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.**



**1.1.- Con carácter previo al periodo intermedio (antes del Auto de transformación a Procedimiento Abreviado):** una vez llegado a un acuerdo de conformidad, se interesará del Juez Instructor la acomodación del procedimiento, a los efectos de poder presentar escrito de calificación provisional conjunta de conformidad consensuado entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado. Todo ello sin perjuicio de que en los casos que proceda, se pueda tramitar dicha conformidad como Procedimiento Urgente según lo dispuesto en el artículo 799.1, 5ª LECrim.

**1.2.- Después de evacuado el trámite de calificación y antes del señalamiento del Juicio Oral:** nuevo escrito de calificación provisional conjunta de conformidad que habrán de consensuar el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado.

### **2.- En el Juzgado de lo Penal y Juzgado Central de lo Penal.**



**2.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral:** al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunto de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.

### **3.- En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.**

**3.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral:** al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.

**3.2.- En el Juicio Oral:** en este caso el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación.

### **ART. 6.- EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO SUMARIO**

#### **1.- En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.**

1.1 Antes de evacuar el trámite de calificación, el Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado podrán pactar un acuerdo que tendrá reflejo en el escrito de calificación provisional del Ministerio Público, a los efectos de aplicación del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el citado artículo 655, atendida la gravedad de la pena, no fuera aplicable, podrá igualmente formularse dicho acuerdo, que el Fiscal reflejará en su escrito de conclusiones provisionales. En este caso, la defensa, al evacuar sus conclusiones, hará constar en el mismo la conformidad del acusado, a fin de que el Tribunal pueda tomarla en consideración al resolver acerca del señalamiento del juicio de acuerdo con lo previsto en el artículo 659 LECrim.

#### **2.- En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.**


2.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral: al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Escrito de calificación definitiva conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa acusado.

2.2.- En el Juicio Oral: en este caso y como viene desarrollándose en el momento presente, se desarrollará el pacto de conformidad en la propia Sala con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, sin que sea de aplicación el presente Protocolo.

*Fiscalía General del Estado*  
*Abogacía Española*


*Consejo General de la*

**ART.7.- PROTOCOLO DE ACTUACIÓN**



1.- En las Fiscalías se designarán uno o varios Fiscales, dotados de los medios humanos y materiales necesarios, para el seguimiento y aplicación de las presentes normas. En consecuencia, dichos Fiscales asumirán por sí mismos o asegurarán de manera coordinada e inmediata la comunicación con los Letrados a los efectos de este Protocolo, así cómo la negociación y, producido en su caso el acuerdo de conformidad, la efectiva realización de éste por los procedimientos establecidos en la Ley. Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos en que la Fiscalía lo considere oportuno, dichos acuerdos puedan o deban llevarse a cabo por el Fiscal asignado para la causa concreta.

2.- Los Colegios de Abogados designarán uno o varios letrados coordinadores para el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo; entendiéndose esta coordinación como medio para facilitar la labor de la Fiscalía en cuanto a la localización de letrados defensores con los que la Fiscalía quiera contactar para una posible conformidad en la calificación de los hechos objeto de enjuiciamiento, así como para facilitar a los Letrados defensores la localización de los Fiscales con los que contactar para una posible conformidad.



3.- Una vez llegado a un acuerdo de conformidad entre las partes, será la propia Fiscalía la encargada de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal competente el acuerdo alcanzado, a los efectos de se pueda proceder al señalamiento de la Vista Oral de conformidad sin más dilación, citando exclusivamente a las partes.

4.- Los Letrados, previamente a interesar la aplicación del presente Protocolo, deberán haber informado a su cliente, y contar con el previo e inicial acuerdo del mismo para alcanzar una conformidad.

5.- Para los supuestos en que existan pluralidad de Letrados defensores en la misma causa, todos ellos deberán interesar conjuntamente la cita con Fiscalía a los

efectos de estudiar la posible conformidad. Y para el caso que sea Fiscalía la que interese la cita con los Letrados, también deberá citarse a todos ellos conjuntamente. 6.- Para los supuestos en que existan Letrados acusadores, éstos también deberán estar presentes en la citas y, en su caso, llegar al acuerdo de conformidad conjuntamente con el Fiscal y el Letrado, o Letrados, de la defensa.

7.- Los acusados, una vez llegado al acuerdo de conformidad, deberán aceptar de forma expresa dicho acuerdo

En prueba de conformidad, las partes firman por duplicado, en el lugar y fecha indicados.



EL



FISCAL GENERAL DEL ESTADO



Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón

**EL PRESIDENTE  
GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA**

**DEL**

**CONSEJO**

**Fdo. D. Carlos Carnicer Diez**



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

**PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA JUICIOS DE CONFORMIDAD  
SUSCRITO ENTRE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO Y EL CONSEJO  
GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

Madrid, a 1 de abril de dos mil nueve

**REUNIDOS**

De una parte, el Excelentísimo Sr. Don Cándido Conde- Pumpido Tourón, Fiscal General del Estado, nombrado en virtud de Real Decreto 750/2008, de 9 de mayo y, en el ejercicio de la representación del Ministerio Fiscal, órgano de relevancia Constitucional con personalidad jurídica propia, según recoge en la Ley 24/2007 de 9 de octubre, por la que se modifica el artículo 2.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

De otra parte, el Excelentísimo Sr. Don Carlos Carnicer Díez, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, órgano representativo, coordinador y ejecutivo superior de los Ilustres Colegios de Abogados de España de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 del Real Decreto 658/200, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española.

Ambas partes actúan en nombre y representación de las Instituciones a las que, respectivamente, pertenecen y de manera recíproca se reconocen la competencia y la capacidad precisas para formalizar el presente Protocolo, y por ello



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

## EXPONEN

1. El presente Protocolo tiene por finalidad actualizar los medios de solución consensuada del proceso penal que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia dispuestos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal especialmente desde la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.



La conformidad no es una novedad en nuestro ordenamiento procesal penal: su regulación originaria y esencial se recoge en los artículos 655 y 688 a 700 de la Ley Procesal penal. A esa inicial y más que centenaria normativa se le han ido superponiendo preceptos que han sido introducidos sucesivamente por leyes modificativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o complementarias de ésta. En consecuencia, la última reforma aludida no ha alterado sustancialmente los trámites de la conformidad ordinaria o común en el procedimiento abreviado ni en el sumario. El principio de consenso sigue existiendo como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en el trámite de evacuación del escrito de defensa (artículo 784.3, párrafo 1); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de la previa negociación, que se incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (artículo 784.3, párrafo 2); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba (artículo 787.1).

La Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria tenía en la regulación precedente. Las reglas del presente Protocolo se observarán igualmente en el procedimiento de sumario ordinario, en cuanto resulten aplicables, ya sea para la conformidad prevista en el artículo 655



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

LECrim., ya sea para favorecer el acuerdo de la acusación y la defensa que permita la confesión del reo con renuncia a la continuación del juicio que se regula en el artículo 688. La conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionado al acusado dispuesto a reconocer la culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización. Esta conformidad ordinaria no permite un acotamiento relevante del proceso, pues la conformidad se verifica cumplida la fase de instrucción, durante la fase intermedia o preparatoria del juicio, o en el mismo inicio de las sesiones. Probablemente responda a la necesidad de superar el limitado efecto reductor de trámites de la conformidad ordinaria la novedosa opción legislativa contenida en el artículo 801 LECrim de fomentar la vía de la negociada de solución del proceso ofreciendo una relevante rebaja de su condena al imputado que asumiere su propia responsabilidad de manera inmediata en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o en el periodo de instrucción de diligencias previas.

2. El número de sentencias de conformidad dictadas ha ido en progresivo aumento con las sucesivas reformas. El legislador ha ido potenciando la solución consensuada como un modo de terminación del conflicto penal.

3. Una adecuada aplicación del presente Protocolo mejorará sensiblemente nuestra administración de Justicia, siendo beneficiosa para toda la sociedad en general. Por un lado, y en relación a la Administración de Justicia, este Protocolo incidirá en la descongestión de los Juzgados, colaborando a reducir el colapso que muchos de nuestros Juzgados y Tribunales vienen padeciendo, al agilizar la finalización de procesos penales por vía del acuerdo entre las partes; y evitará, en parte, el quebranto de las agendas de los órganos de enjuiciamiento a la hora de hacer los señalamientos, permitiendo una mejor programación al conocer de antemano algunas de las conformidades y poder señalar días específicos para las mismas. Por otro lado, también producirá efectos beneficiosos a todos los ciudadanos que se ven obligados a colaborar



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

con la Administración de Justicia -testigos en general, funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado y peritos-, pues previendo con antelación suficiente la conformidad de las partes en el proceso, se evitan citaciones, esperas y molestias innecesarias.

Sin duda ello también revertirá de forma positiva en relación a las víctimas, que de forma más ágil y segura podrán ser reparadas del daño causado, así como en relación a los acusados, que verán finalizado el proceso de forma más ágil y consensuada.

4. El presente Protocolo pretende un sistema de conformidades sustentado por las ideas de simplicidad y agilidad. Por un lado, se establece que las distintas Fiscalías y Colegios de Abogados -o agrupaciones de los mismos-, cuenten con Fiscales y Letrados cuya misión fundamental será el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo, solventando las distintas incidencias que puedan producirse. La Fiscalía mantendrá un servicio de incidencias diario para atender las conversaciones o pactos sobre conformidad, con independencia de quién sea el Fiscal asignado al asunto. El Fiscal de incidencias actuará para la conformidad como si fuera el designado conforme a las normas de reparto a los efectos de poder atender los acuerdos y, en su caso, presentar un escrito conjunto al órgano competente según la fase procesal. En estos casos también se facilitará la cita entre los Fiscales y los Letrados.

Para los supuestos en que efectivamente se llegue a una conformidad, la propia Fiscalía se encargará de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal que conozca de la causa el acuerdo, a los efectos de que se agilice el máximo posible la Vista Oral de Conformidad, así como para que se puedan unificar en los mismos días distintas vistas de conformidades.

Y al efecto



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

## ACUERDAN

### ART. 1.-OBJETO DEL PROTOCOLO

La presente normativa tiene por objeto la organización necesaria para la celebración de los juicios de conformidad a los que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

### ART. 2.- ÁMBITO FUNCIONAL

Se limita a aquellos delitos cuyo enjuiciamiento y fallo sea competencia de los Juzgados de lo Penal, de los Juzgados Centrales de lo Penal, de la Audiencia Provincial y de la Audiencia Nacional.

### ART. 3.- ÁMBITO OBJETIVO

Estas normas se aplicarán a los procedimientos de los que conozcan dichos órganos de enjuiciamiento como procedimientos abreviados y sumarios, y dentro del marco legal que nuestra Ley Ritual establece para las conformidades.

### ART. 4.- EN EL JUZGADO DE GUARDIA

Será de aplicación lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a los llamados Juicios Rápidos (artículos 801 y siguientes) sin que sea de aplicación el presente Protocolo.




*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

## **ART. 5.- EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

### **I.-En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.**



**1.1.- Con carácter previo al periodo intermedio (antes del Auto de transformación a Procedimiento Abreviado):** una vez llegado a un acuerdo de conformidad, se interesará del Juez Instructor la acomodación del procedimiento, a los efectos de poder presentar escrito de calificación provisional conjunta de conformidad consensuado entre el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado. Todo ello sin perjuicio de que en los casos que proceda, se pueda tramitar dicha conformidad como Procedimiento Urgente según lo dispuesto en el artículo 799.1, 5ª LECrim.

**1.2.- Después de evacuado el trámite de calificación y antes del señalamiento del Juicio Oral:** nuevo escrito de calificación provisional conjunta de conformidad que habrán de consensuar el Ministerio Fiscal y la Defensa del imputado.



### **2.- En el Juzgado de lo Penal y Juzgado Central de lo Penal.**

**2.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral:** al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunto de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.

### **3.- En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.**

**3.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral:** al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Nuevo escrito de calificación conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa del acusado.





*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogacía Española*

**3.2.- En el Juicio Oral:** en este caso el pacto de conformidad se desarrollará con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, de forma que se preserve la confidencialidad de la negociación.

## **ART. 6.- EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO SUMARIO**

### **1.- En el Juzgado de Instrucción y Juzgado Central de Instrucción.**

1.1 Antes de evacuar el trámite de calificación, el Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado podrán pactar un acuerdo que tendrá reflejo en el escrito de calificación provisional del Ministerio Público, a los efectos de aplicación del artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el citado artículo 655, atendida la gravedad de la pena, no fuera aplicable, podrá igualmente formularse dicho acuerdo, que el Fiscal reflejará en su escrito de conclusiones provisionales. En este caso, la defensa, al evacuar sus conclusiones, hará constar en el mismo la conformidad del acusado, a fin de que el Tribunal pueda tomarla en consideración al resolver acerca del señalamiento del juicio de acuerdo con lo previsto en el artículo 659 LECrim.

### **2.- En la Audiencia Provincial y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.**

2.1.- Antes de la fecha del Juicio Oral: al menos diez días previos a la fecha de comienzo del Juicio Oral. Escrito de calificación definitiva conjunta de conformidad del Ministerio Público y la Defensa acusado.

2.2.- En el Juicio Oral: en este caso y como viene desarrollándose en el momento presente, se desarrollará el pacto de conformidad en la propia Sala con la sola presencia del Ministerio Fiscal y la Defensa del acusado, sin que sea de aplicación el presente Protocolo.




*Fiscalía General del Estado*




*Consejo General de la Abogacía Española*

## **ART.7.- PROTOCOLO DE ACTUACIÓN**



1.- En las Fiscalías se designarán uno o varios Fiscales, dotados de los medios humanos y materiales necesarios, para el seguimiento y aplicación de las presentes normas. En consecuencia, dichos Fiscales asumirán por sí mismos o asegurarán de manera coordinada e inmediata la comunicación con los Letrados a los efectos de este Protocolo, así como la negociación y, producido en su caso el acuerdo de conformidad, la efectiva realización de éste por los procedimientos establecidos en la Ley. Todo ello sin perjuicio de que en los supuestos en que la Fiscalía lo considere oportuno, dichos acuerdos puedan o deban llevarse a cabo por el Fiscal asignado para la causa concreta.



2.- Los Colegios de Abogados designarán uno o varios letrados coordinadores para el seguimiento, aplicación y correcto desarrollo del presente protocolo; entendiendo esta coordinación como medio para facilitar la labor de la Fiscalía en cuanto a la localización de letrados defensores con los que la Fiscalía quiera contactar para una posible conformidad en la calificación de los hechos objeto de enjuiciamiento, así como para facilitar a los Letrados defensores la localización de los Fiscales con los que contactar para una posible conformidad.

3.- Una vez llegado a un acuerdo de conformidad entre las partes, será la propia Fiscalía la encargada de poner en conocimiento del Juzgado o Tribunal competente el acuerdo alcanzado, a los efectos de se pueda proceder al señalamiento de la Vista Oral de conformidad sin más dilación, citando exclusivamente a las partes.

4.- Los Letrados, previamente a interesar la aplicación del presente Protocolo, deberán haber informado a su cliente, y contar con el previo e inicial acuerdo del mismo para alcanzar una conformidad.

5.- Para los supuestos en que existan pluralidad de Letrados defensores en la misma causa, todos ellos deberán interesar conjuntamente la cita con Fiscalía a los



*Fiscalía General del Estado*



*Consejo General de la Abogada Española*

efectos de estudiar la posible conformidad. Y para el caso que sea Fiscalía la que interese la cita con los Letrados, también deberá citarse a todos ellos conjuntamente.

6.- Para los supuestos en que existan Letrados acusadores, éstos también deberán estar presentes en la citas y, en su caso, llegar al acuerdo de conformidad conjuntamente con el Fiscal y el Letrado, o Letrados, de la defensa.

7.- Los acusados, una vez llegado al acuerdo de conformidad, deberán aceptar de forma expresa dicho acuerdo

En prueba de conformidad, las partes firman por duplicado, en el lugar y fecha indicados.

**EL  
FISCAL**

**Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón**  
**GENERAL DEL  
ESTADO**

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO  
GENERAL DE LA ABOGACIA ESPAÑOLA**

**Fdo. D. Carlos Carnicer Diez**

## CONSULTA 1/2009

### **SOBRE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LOS EXPEDIENTES DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LOS MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS.**

#### **I- ANTECEDENTES.**

Son abundantes los textos legales vigentes que obligan a los poderes públicos a dispensar un especial amparo y protección a los menores de edad no acompañados. Entre ellos, la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, de la Asamblea General de las Naciones Unidas dispone en el artículo 20.1 que *los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.*

Por su parte, la determinación de la identidad de los menores viene siendo objeto de tratamiento específico en muchos textos internacionales. Así, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, en su artículo 3, sobre garantías mínimas para todos los menores no acompañados establece que *los Estados miembros deberían procurar determinar la identidad del menor lo antes posible tras su llegada, al igual que la circunstancia de que no está acompañado. La información relativa a la identidad y a la situación del menor podrá obtenerse de diversas maneras y en concreto mediante una entrevista adecuada con el interesado, que deberá efectuarse lo antes posible después de su llegada y de un modo acorde con su edad. La información recabada deberá registrarse de manera eficaz. La obtención, la transmisión y el almacenamiento de la información recogida deberán efectuarse con sumo*

*cuidado y discreción, sobre todo en el caso de los solicitantes de asilo, al objeto de proteger tanto al menor como a sus familiares. Esta primera información podrá favorecer, en particular, la perspectiva de la reunificación del menor con sus familiares en el país de origen o en un país tercero. En igual sentido, la citada Convención sobre los Derechos del Niño afirma en su artículo 8.2 que cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.*

Nuestra normativa interna se hace eco igualmente de tales principios. No en vano, es la propia Constitución Española la que en su artículo 39.4 garantiza la plena efectividad de los mismos al proclamar que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.* Este artículo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como por el Código Civil, que en su artículo 172 apartado 1 establece que *la entidad pública, a la que en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda.*

En la misma línea se encuentra el artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, que elevó a rango de Ley lo que hasta entonces sólo era una previsión reglamentaria. En efecto, en la precedente Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y en su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, apenas existían referencias a los menores inmigrantes. Ante tal tesitura, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se ocupó de los menores inmigrantes en diversos preceptos de su articulado, y muy especialmente, en el artículo 32, relativo a la residencia de menores. Después de la reforma operada en el

referido texto legal por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, el indicado precepto pasó a integrar el artículo 35 de la actual Ley Orgánica.

El tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados se inicia en nuestro ordenamiento jurídico con el art. 13 del Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985*. El Reglamento regulaba la situación de estos menores bajo la claridad de su rúbrica: *Menores en situación de desamparo*, y disponía que los mismos fueran encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniendo este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Esta regulación se completó con la Instrucción de 11 de noviembre de 1998 emanada simultáneamente de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, y de las Direcciones Generales de la Policía y de Política Interior del Ministerio del Interior.

El vigente artículo 35 de la Ley Orgánica, en sus dos primeros apartados, y bajo el título residencia de menores dispone que:

*1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

*2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.*

Esta materia es motivo de especial preocupación para la Fiscalía General del Estado desde hace años, pues el Estatuto Orgánico y el ordenamiento jurídico en su conjunto atribuyen al Ministerio Fiscal importantes funciones tuitivas en relación con los menores de edad. Esta preocupación se ha manifestado en distintos documentos como las Circulares 3/2001, sobre la actuación de Ministerio Fiscal en materia de extranjería y 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, así como las Instrucciones 2/2001, acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la 6/2004, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados.

## **II- PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA.**

Antes de entrar en la materia objeto de la Consulta, es preciso indicar que la situación contemplada en el artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social surge en un contexto de ausencia de documentación acreditativa de la identidad y/o de la edad del presunto menor, o de exhibición de títulos con indicios de falsedad o generados en países que de hecho no garantizan la certeza de los datos que sobre la edad del titular figuran en los mismos, por lo que, existiendo dudas al respecto y no habiendo otros medios para despejarlas, puede ser necesario acudir a la práctica de ciertas pruebas médicas para poder determinar aquélla de modo aproximado.

Dos son las cuestiones esenciales que se derivan del planteamiento de la Fiscalía consultante que, por su relevancia, merecen un pronunciamiento expreso de la Fiscalía General del Estado.

1) Sobre la capacidad de los miembros del Ministerio Fiscal para decidir acerca de la práctica de las pruebas de determinación de la edad, aun en ausencia de consentimiento del menor y, en segundo término, de persistir la negativa a su ejecución, sobre la posibilidad de emplear la coerción física para la realización de las mencionadas pruebas. Se trata, por tanto, de una cuestión que integra en realidad dos problemas diferentes, aunque relacionados entre sí.

La Fiscalía consultante entiende que no existe ningún obstáculo legal para que los Sras/Sres Fiscales ordenen la práctica de la intervención e impongan de modo coactivo su ejecución, por considerar que el empleo de la “vis física” es el último recurso de que disponen, provocado por la injustificada oposición del menor, con la finalidad de evitar que se mantenga un estado de indefinición en cuanto a la concreción de la edad del afectado y la legislación que le es aplicable.

2) Sobre si el Decreto dictado por un Fiscal por el que se determina la edad de un menor puede ser posteriormente modificado; y si tal modificación la puede realizar un Fiscal perteneciente a un órgano territorial diferente del que dictó el primer Decreto de determinación de la edad. Como se puede apreciar, también son en este caso dos las cuestiones que sugiere este planteamiento.

Según la Fiscalía consultante, el problema se genera cuando el menor extranjero no documentado, cuya edad ha sido previamente objeto de determinación por parte del Ministerio Fiscal tras la tramitación del oportuno expediente, presenta posteriormente en otro órgano territorial del Ministerio Fiscal documentos públicos extranjeros de los que se deduce una edad diversa de la fijada en su día por el Decreto correspondiente. En opinión de la Fiscalía consultante, en este caso lo pertinente sería rechazar esta clase de pretensión y remitir al menor solicitante, para solventar la discrepancia, a la Fiscalía en que se dictó el Decreto discutido.



### III- LAS PRUEBAS RADIOLOGICAS COMO INTERVENCIONES CORPORALES LEVES.

El derecho a la intimidad personal, proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, está configurado como un derecho fundamental vinculado a la propia personalidad y que deriva de la dignidad de la persona a la que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, entrañando la intimidad personal, constitucionalmente garantizada, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana (SSTC 231/1988; 179/1991 y 20/1992 ). Sin embargo, es claro que este derecho a la intimidad personal, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ceder en determinados casos ante un interés de carácter general, puesto que no existe ningún derecho absoluto e ilimitado, de modo que, cuando dos o más de estos derechos entran en colisión, se puede llegar al sacrificio total o parcial de alguno de ellos como resultado de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias concretas del caso.

Las pruebas radiológicas constituyen, en efecto, una especie de las denominadas por la doctrina “intervenciones corporales”, que la STC 207/1996, de 16 de diciembre de 1996, definió -a propósito del proceso penal- como *las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, T.A.C., resonancias magnéticas, etc.), con objeto también de averiguar determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible o a la participación en él del imputado*. En la práctica de estas pruebas el derecho constitucional que generalmente se verá afectado será *el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa*.

En el fundamento jurídico segundo, en esta misma resolución, el Tribunal Constitucional distingue entre intervenciones corporales graves y leves, atendiendo al grado de sacrificio que impongan a este derecho; así, serán *leves, cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves, en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)*

Las intervenciones leves, de mediar el consentimiento de la persona afectada, no exigen la intervención judicial en su ejecución. Así lo ha proclamado el Tribunal Supremo, incluso en el ámbito penal, donde las consecuencias jurídicas que se pueden derivar para el destinatario de la prueba podrían ser gravemente perjudiciales. Como muestra, la STS de 3 de febrero de 2000, en la que se razona, recogiendo la jurisprudencia sobre la materia, *que cuando una persona se somete voluntariamente a una exploración radiológica, solicitada por la Policía Judicial a fin de comprobar si es portadora de cuerpos extraños dentro de su organismo, no está realizando una declaración de culpabilidad ni su exploración constituye una actuación encaminada a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos, por lo que, no estando detenida, no es precisa la asistencia de letrado ni la previa instrucción de derechos.* En el mismo sentido, pueden citarse, entre otras, las SSTS de 15 de noviembre de 2001, 22 de diciembre de 2005 y de 31 de octubre de 2006, así como los acuerdos adoptados en Junta General de Sala de 5 de febrero de 1999. En todos estos casos, la policía actúa sin necesidad de previa autorización judicial, porque la intervención corporal consistente en la realización de una radiografía se considera una intervención leve, y se cuenta con el consentimiento del sometido a examen.

En consecuencia, estimándose la prueba radiológica una intervención corporal leve que se efectúa a los meros efectos de determinación de la edad, y no existiendo oposición por parte del presunto menor a su práctica, nada impide la realización de la misma sin autorización judicial, siempre que su ejecución sea acordada, al igual que cualesquiera otras pruebas que se estimen necesarias, por el representante del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las facultades que le corresponden y que en esta materia se concretan a través del precepto objeto de examen.

A este respecto, es importante señalar que, en el supuesto del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, la intervención del Ministerio Fiscal se justifica tanto por las importantes funciones que ha de desarrollar en materia de protección de menores, específicamente, la de considerar la conveniencia de practicar las pruebas de determinación de la edad, y establecer cuáles de ellas resultan más adecuadas en cada caso a dicha finalidad, como por la necesidad de subsanar las limitaciones que en la capacidad de prestar consentimiento o de apreciar en su plenitud su propia situación fáctica pueden tener los menores de edad no acompañados.

Ello obliga a un especial cuidado por parte del Ministerio Fiscal en la ponderación de la oportunidad de llevar a efecto la práctica de las pruebas de determinación de la edad, mediante la valoración de las circunstancias concurrentes y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona.

Ahora bien, cuando quien va a ser sometido a la medida se opone a la realización de la misma, la situación cambia, y en esta coyuntura la actuación de los representantes del Ministerio Fiscal no puede llegar al extremo de suplir el consentimiento del menor. En el mismo fundamento jurídico de la citada sentencia 207/1996 el Tribunal Constitucional explica que *según doctrina*

*reiterada de este Tribunal, mediante el reconocimiento del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de **intervención** en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular (SSTC 120/1990, f. j. 8º, 137/1990, 215/1994 y 35/1996 ). Así pues, y aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud (tal y como señalamos en la STC 35/1996, f. j. 3), su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de **intervención** (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular. Resulta de ello, por tanto, que mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad **corporal**, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento. El hecho de que la **intervención** coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar (esto es, producir sensaciones de dolor o sufrimiento) o un riesgo o daño para la salud supone un plus de afectación, mas no es una condición "sine qua non" para entender que existe una intromisión en el derecho fundamental a la integridad física.*

Esta doctrina es reafirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 206/2007, de 24 de septiembre, que recuerda en su fundamento jurídico tercero que *el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege la inviolabilidad de la persona, no sólo en aquellos casos en los que existe un riesgo o daño para la salud, sino también -en lo que ahora interesa- contra toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento de su titular, por cuanto lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, a no sufrir menoscabo alguno en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento.*

Como se puede apreciar, el posible riesgo para la salud pasa a un segundo plano, desplazado por la necesidad de que el afectado por la medida preste en todo caso su consentimiento a la ejecución de la misma, para salvaguardar su derecho a la integridad moral, el cual protege a la persona precisamente contra todo tipo de intervención en el cuerpo que carezca de la autorización del titular. Por ello, en caso de negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

En cualquier caso, sobre el consentimiento del menor, debe recordarse el derecho del mismo a ser oído si tiene suficiente juicio, como apuntan la STC 71/2004, de 19 de abril; el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; el art. 12 Convención de los Derechos del Niño; el art. 92,4 Reglamento de Extranjería, y el artículo 9,3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que el menor que ha cumplido doce años debe ser oído y que no cabe el consentimiento por representación una vez alcanzada la edad de 16 años.

#### **IV- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL JUICIO DE PONDERACION.**

Es preciso detenerse en el análisis del *principio de proporcionalidad* porque, aunque esta doctrina ha sido desarrollada a propósito de la ponderación que debe tenerse en cuenta en las resoluciones judiciales que acuerden una intervención corporal, también ha de tenerla presente el Fiscal que ha de tomar una decisión en esta materia. Aquél se consagra como un principio general que puede inferirse de diversos preceptos constitucionales, en especial, de la proclamación del Estado de Derecho en el art. 1.1 CE y de la remisión por parte

del art. 10.2 CE a los arts. 10.2 y 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de modo que el citado principio se configura como una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite ante cualquier injerencia estatal. Su ámbito de aplicación por excelencia es el de los derechos fundamentales, de manera que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a una valoración negativa desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 49/1999, de 5 de abril).

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple determinados requisitos o condiciones; concretamente debe valorarse si la medida en cuestión es adecuada para conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, resulta necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; es decir, el carácter imprescindible de la misma, por no disponerse de otras menos lesivas y con igual aptitud para lograr el fin propuesto (juicio de necesidad); y, finalmente, ha de analizarse si la medida es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto), o dicho de otro modo, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar.

Finalmente existen otras exigencias específicas establecidas por la jurisprudencia constitucional, derivadas del derecho a la integridad física y moral

recogido en el artículo 15 de la Constitución Española, a las que es preciso hacer mención:

a) Nunca podrá acordarse la práctica de una **intervención corporal** cuando pueda suponer bien objetiva, bien subjetivamente, para quien tenga la obligación de soportarla, un riesgo o quebranto no desdeñable para su salud.

b) La ejecución de tales **intervenciones corporales** se habrá de efectuar siempre por personal sanitario (STC 7/1994), que deberá disponer de la preparación especializada correspondiente en el supuesto de **intervenciones graves** que por sus características así lo requieran.

c) Finalmente, la práctica de la **intervención** se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante, aspectos éstos sobre los que pesa una prohibición absoluta (arts. 10,1 y 15 CE). (FJ 5º de la STC 207/1996).

Esta misma doctrina la recoge también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en distintas resoluciones como la sentencia de 29 de abril de 1976 (caso Handyside), las sentencias de 6 de septiembre de 1978 (caso Klass y otros), así como la de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times) y la de 25 de marzo de 1983 (caso Silver y otros), de las que se concluye que para admitir cualquier limitación de los derechos y libertades no sólo es necesario que el medio utilizado sea el menos gravoso de todos los posibles, sino también que la forma de utilización del mismo sea proporcionada en sentido estricto a los fines perseguidos.

El Tribunal Constitucional alemán, que ha influido sensiblemente en esta materia en la doctrina constitucional española, razona al respecto que, para poder responder al interrogante de si una concreta medida de intervención estatal es proporcionada, ha de establecerse, con carácter previo, la finalidad

que con ella se persigue. Desde ese planteamiento, la medida será adecuada si se muestra causal para conseguir esa finalidad o si al menos la promueve; la medida será necesaria si no está disponible otro medio menos lesivo con la misma idoneidad, o más exactamente, si no existe ningún otro medio igualmente apropiado (o incluso más apropiado) para alcanzar ese fin y que a la vez sea menos lesivo para el afectado por ella; finalmente la medida será razonable -o proporcional en sentido estricto- sólo si los perjuicios unidos a la misma no guardan relación con las ventajas que produce, lo que exigirá una ponderación total de los costes y de los beneficios, teniendo en cuenta todos los preceptos constitucionales, especialmente los referentes a los derechos fundamentales en litigio ( BVerGE 35, 382, 400 y ss; 23, 127, 133 ).

Como quiera que esta doctrina ha sido desarrollada para los supuestos de intervenciones acordadas con ocasión del proceso penal, es preciso realizar las adaptaciones necesarias para su adecuación al ámbito que nos ocupa, referido a la determinación de la edad de un menor extranjero no acompañado respecto del que no se realiza imputación de hecho punible alguno.

El fin constitucionalmente legítimo que justifica en estos casos la intromisión corporal es el interés del Estado en determinar la edad de las personas que se encuentran en su territorio, teniendo en cuenta las diferentes consecuencias jurídicas que de ello se pueden derivar y que se concretan, en relación con los menores de edad, en el establecimiento de medidas de protección en tanto no hayan alcanzado la mayoría de edad, como consecuencia de la obligación de especial amparo y protección que en relación con los menores de edad asignan al Estado tanto los instrumentos internacionales como la Constitución y sus normas de desarrollo, textos a los que hemos hecho mención en el primer apartado de esta consulta.

Por su parte, el juicio de idoneidad y de adecuación de la medida al objetivo propuesto, se supera fácilmente si consideramos que, dentro de sus



limitaciones, las pruebas radiológicas son, junto con otras más complejas como la ortopantomografía, unas de las más fiables en el actual desarrollo de la ciencia médica, dado que, aunque ninguna aporta unos resultados absolutamente determinantes, ofrecen una horquilla de edad, dentro de la cual, en caso de duda, habrá que inclinarse por la más baja, esto es, la más favorable a la persona cuya edad ha de determinarse. Por otra parte, sobre el juicio de necesidad, ha de tenerse en cuenta que, en la actualidad no existe otra medida más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia, puesto que la alternativa a esta prueba sería un reconocimiento físico por un médico, comprensivo del peso y la talla, el índice de masa corporal, estructura ósea y muscular, el sistema piloso, las características de la voz (en varones) y los signos evolutivos de maduración sexual, cuyos resultados en conjunto son mucho menos fiables.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto también resulta superado, ya que el riesgo médico de la prueba, aunque existente, es residual, y la misma no produce dolor alguno al sometido a la intervención, razones por las que, en una contemplación global, origina más beneficios que perjuicios, al permitir determinar con relativa exactitud la edad del presunto menor, y el régimen jurídico que le es aplicable, sin generar inconvenientes dignos de mención a quien es sometido a esta leve intervención.

## **V- ALGUNAS INDICACIONES SOBRE CÓMO HAN DE PROCEDER LOS SRES./SRAS. FISCALES EN ESTA MATERIA.**

Como se puede deducir de lo expuesto hasta ahora, ha de distinguirse el supuesto en que el presunto menor acepta someterse a las pruebas de determinación de la edad, de aquel otro en que se niega a dar su consentimiento para la práctica de las mismas.

En cualquier caso es importante destacar que la valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, tanto en uno como en otro supuesto, que los Sras./Sres. Fiscales, antes de decidir sobre este aspecto, comprueben si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 RE, y, en consecuencia, si a resultas de los datos que obren en el mismo deviene innecesaria la realización de prueba alguna para determinar su edad. Además, debe recordarse al respecto que según la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, *“si consultado el Registro consta practicada dicha prueba (radiológica), habrá de prescindirse de la nueva práctica solicitada, salvo que razones excepcionales aconsejen otra decisión”*.

Asimismo será preciso que los Sras/Sres. Fiscales analicen la conveniencia de realizar las pruebas de determinación de la edad teniendo en cuenta el criterio médico al respecto, pudiendo ser oportuno, en los casos más dudosos sobre indicación de la prueba, remitir previamente al menor al médico forense para que emita un dictamen.

Si el menor presta su consentimiento para la práctica de la prueba, y el Fiscal, atendiendo a las ponderaciones anteriormente señaladas, considera pertinente la realización de la misma, dispondrá que ésta se lleve a cabo en los términos del artículo 35 de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social.

En este punto ha de recordarse que, en general, en caso de anuencia del menor, no es preciso que éste sea puesto físicamente a disposición del Fiscal de Guardia. Por razones de urgencia y para evitar traslados innecesarios que puedan producir dilaciones, se puede acordar la práctica de la prueba sin tener al menor a presencia del Fiscal. En este sentido se pronunció la Instrucción 2/2001 al afirmar que *“aunque la Ley no indica cómo se ha de llevar a cabo la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, lo que sí se puede afirmar sin*

*ningún género de dudas es que “puesta en conocimiento” no es lo mismo que “puesta a disposición”, y que no es preciso, por tanto, que los agentes policiales trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de Fiscalía, lo cual únicamente serviría para retardar innecesariamente el normal desarrollo de los trámites previstos en la Ley. Por el mismo motivo, tampoco será preciso que la puesta en conocimiento tenga lugar mediante la presentación formal del correspondiente atestado en la sede de la Fiscalía, sino que será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente”. También la Circular 2/2006 ha resaltado la celeridad que debe presidir estos trámites: “la resolución del Fiscal fijando provisionalmente la edad a los efectos del art. 35 LE, podrá ser adelantada verbalmente a la fuerza actuante, con el fin de evitar tiempos muertos o dilaciones, teniendo en cuenta los intereses en juego. Como quiera que siempre habrá de tomarse como edad del extranjero no acompañado la menor que se desprenda del informe médico, tal criterio o instrucción podrá anticiparse a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con el fin de evitar dilaciones en un procedimiento que debe necesariamente en interés del menor estar presidido por la nota de celeridad, sin perjuicio de la ulterior documentación de la decisión y de su comunicación a la Entidad Pública de Protección de Menores”.*

En el caso de que el menor manifieste una voluntad contraria a la realización de las pruebas, el Fiscal deberá adoptar con la mayor urgencia las medidas adecuadas en orden a determinar la edad del menor con los datos que haya podido recabar. Son varias las razones que avalan esta urgencia.

El artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, que otorga al Fiscal la competencia para acordar la práctica de las pruebas de determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados, pretende que la duda acerca

de su edad se resuelva en el menor tiempo posible. La referencia que al Ministerio Fiscal incorpora el citado artículo 35 fue integrada en el texto legal vigente con la reforma operada en la Ley 4/2000, de 11 de enero, por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, puesto que la redacción primitiva de la ley atribuía la competencia para determinar la edad al Juez de Menores. Con la modificación se pretendían activar las importantes funciones tuitivas que sobre los menores precisados de protección otorga tradicionalmente el ordenamiento jurídico al Ministerio Fiscal, y agilizar la resolución del expediente, pero también evitar que la intervención del Juez de Menores en esta fase supusiera una suerte de criminalización de los menores extranjeros no acompañados por su sola presencia en nuestro país.

En segundo término, la conducción y permanencia en el centro sanitario con la finalidad de determinar la edad del presunto menor es una privación de libertad, análoga a la del artículo 20.2 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, sometida a las garantías del artículo 17 de la Constitución Española, según la interpretación establecida en las Sentencias 341/1993, de 18 de noviembre, y 86/1996, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional y que, por tanto, no debe prolongarse innecesariamente. En esta línea, la Instrucción 2/2001 de la Fiscalía General del Estado configuró la conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas como una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible y en la que el interesado ha de ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación y de sus derechos, aun cuando para garantizar adecuadamente los mismos no resulte precisa la asistencia de Abogado.

También hemos señalado, en el mismo sentido, cómo la Instrucción 2/2001 resalta la idea de celeridad en la tramitación del expediente y cómo la Consulta 2/2006 destaca el carácter provisional de las resoluciones que se adopten en el curso del mismo. El expediente de determinación de la edad

previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, es una medida de naturaleza cautelar y provisionalísima encomendada al Ministerio Fiscal para resolver con carácter de urgencia, incluso, como ocurre en la mayoría de las ocasiones, durante el servicio de guardia, cuál es la decisión a tomar con respecto de un extranjero indocumentado sobre cuya edad razonablemente se duda y que no se encuentra acompañado de un adulto que de él se responsabilice. El precepto está dirigido a solventar de la manera más urgente posible una situación de hecho, sin que tenga por objeto establecer uno de los elementos constitutivos del estado civil de la persona (mayoría o minoría de edad). Al carecer de efectos definitivos, en nada altera los derechos del afectado, que siempre tiene abierta la vía jurisdiccional que proceda en cada caso para la defensa de los mismos.

Desde este planteamiento y ante la reticencia del menor, el Fiscal encargado del asunto, si opta por solicitar del menor el sometimiento a dicho examen, deberá informarle personalmente acerca de las pruebas que se van a practicar y de las consecuencias de su negativa a someterse a ellas.

Así, en primer término, deberá explicarle los aspectos médicos de la prueba, información que deberá comprender las cuestiones prácticas esenciales sobre la ejecución de la misma, esto es, su indicación desde el punto de vista médico para alcanzar el resultado pretendido, su realización de acuerdo con la *lex artis* y por personal facultativo cualificado, el riesgo residual que para la salud supone y su carácter indoloro, así como que en ningún caso se va a efectuar de forma que suponga un trato inhumano o degradante.

La información deberá versar, en segundo lugar, sobre los aspectos legales de la misma. Así, deberá hacer saber al presunto menor que la prueba es adecuada para el fin de determinar su edad, que la misma va a ofrecer una horquilla dentro de la cual se optará por la más favorable a sus intereses, que en

principio es necesaria, dado que en el estado actual de la ciencia médica puede ofrecer unos resultados fiables, y que no existe otra más moderada para la consecución del objetivo con igual eficacia.

Asimismo, la información debe hacerse extensiva a las consecuencias que se han de derivar de la práctica de la prueba, en concreto, la aplicación de la legislación de protección de menores, en el caso de que la horquilla más baja determine la minoría de edad, o, en caso contrario, de la legislación referida a los mayores de edad. Finalmente, es necesario advertir al interesado que su negativa podrá ser valorada como un indicio relevante de su mayoría de edad, dado que, a tenor del art. 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tiene la carga de someterse a la intervención.

En consecuencia, tras suministrar la debida información acerca de las pruebas que se proponen, el Fiscal, en el mismo acto, deberá oír al presunto menor sobre los motivos por los que no quiere someterse a las pruebas de determinación de la edad, con la finalidad de averiguar las razones de su reticencia. Como ya se ha indicado, el Fiscal no puede imponer coactivamente la realización de estas pruebas contra la voluntad del menor y, por tanto, ha de resolver con los datos de que disponga hasta ese momento.

El Fiscal ha de adoptar la decisión final sobre la edad del menor con la debida cautela, y para ello ha de valorar la explicación del afectado por la medida acerca de su negativa a realizar la prueba. El sentido de la exploración es averiguar si concurren circunstancias de temor al acto médico o de otra naturaleza, así como su disposición a realizar otro tipo de pruebas alternativas, pues no debe obviarse el papel que corresponde al Fiscal en orden a proteger los intereses del presunto menor dadas sus limitaciones en la capacidad de valorar de forma completa la situación fáctica en que se encuentra.

En cualquier caso, como ya se ha adelantado, la negativa a la práctica de la prueba puede ser tenida en cuenta como un indicio más en orden a determinar la edad del afectado por la medida. Para ello habrán de ponderarse todos los datos obrantes en el expediente. Como destacó la STC 7/1994 a propósito de la negativa a realizar las pruebas de paternidad mediante el análisis del ADN, si existe una decisión judicial razonada, teniendo en cuenta que estas pruebas no son denigrantes ni afectan a la dignidad de la persona ni vulneran los derechos del afectado a su intimidad y a su integridad, cuando una persona irracionalmente y sin peligro para la vida se niega a someterse a las mismas, el Tribunal -en este caso, el Fiscal- puede y debe sacar las consecuencias correspondientes a esa negativa. En el mismo sentido, ATC 9 de marzo de 1990 -n.r. 1285/1988- y en la STC 37/1989, FJ 8º.

Aplicando esta doctrina a los supuestos examinados, y partiendo de una valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la mayor o menor intensidad de las dudas sobre la edad del menor, cuando, por las circunstancias personales del extranjero afectado, se encuentre éste en perfectas condiciones de madurez psicofísica para poder ser informado y comprender la finalidad que se persigue en la realización de la prueba y el Médico competente pueda adelantar un pronunciamiento según los datos de que dispone y las características externas del extranjero, mediando previa información sobre las consecuencias de su negativa, podría afirmarse que su oposición a la práctica de la prueba es injustificada y considerarse como mayor de edad a los efectos del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ( solución adoptada por la Junta de Fiscales de Menores de Valencia celebrada el día 28 de octubre de 2002 ), pero habrán de tenerse en cuenta todos los datos recabados, de modo que si todos apuntan a la minoría de edad, deberá establecerse así, a pesar de la posición adoptada por el menor ante el requerimiento a someterse a las pruebas.

La orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso, lo que se produciría si operase automáticamente la negativa a someterse a las pruebas como un contraindicio determinante en su contra.

#### **VI- ACERCA DE SI EL DECRETO DICTADO POR UN FISCAL POR EL QUE SE DETERMINA LA EDAD DE UN MENOR, PUEDE SER MODIFICADO POR OTRO FISCAL DE UNA FISCALÍA DIFERENTE.**

La segunda cuestión objeto de Consulta se refiere a la posibilidad de que el Decreto, dictado en un órgano territorial del Ministerio Fiscal, a través del cual y tras la práctica de las actuaciones oportunas, se fija la edad de un menor, pueda ser posteriormente modificado y, en su caso, si esta modificación debe llevarse a efecto en el mismo órgano territorial del Ministerio Fiscal que lo dictó o en otro diferente.

Como afirma la Instrucción n<sup>o</sup> 2/2001 de la Fiscalía General del Estado, las diligencias practicadas según las disposiciones del artículo 35 de la Ley de Extranjería tienen como finalidad que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería, y en particular por aquellos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o a la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como que, en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, puedan proporcionársele las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española en beneficio de cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2006 destaca



el carácter provisional del decreto del Ministerio Fiscal que concluye las diligencias incoadas para la determinación de la edad del menor, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. En la referida Circular se afirma que *habrá de dictarse por el Fiscal la correspondiente resolución en forma de decreto motivado en la que se determine si la persona afectada debe considerarse menor de edad, y en caso positivo, se acuerde la puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El referido decreto especificará la edad del menor, de forma aproximativa y conforme a los elementos de prueba de que se disponga. Dicho decreto tendrá efectos provisionalísimos, y así habrá de hacerse constar en el mismo, no suponiendo por tanto una resolución definitiva sobre la edad de la persona afectada, que podrá ser sometida a pruebas complementarias en el curso de otros procedimientos. No puede olvidarse que las primeras diligencias que se practican y que sirven de base a la resolución del Fiscal, lo son con las notas de urgencia, normalmente limitadas a la práctica de la radiografía de la muñeca izquierda, pudiendo practicarse por la Entidad Pública con posterioridad y disponiendo de mas tiempo y medios, otras pruebas médicas de mayor precisión (v.gr. ortopantomografía) o llevarse a cabo otro tipo de investigación (v.gr. certificaciones de los registros del país de origen del menor etc.).*

Según el propio tenor del artículo 35 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social, estas diligencias han de acordarse en relación con los extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pudiera establecerse con certeza. A estos efectos hay que considerar como no documentado, no sólo a quienes carezcan de documentación sino también a quien pretenda acreditar su edad e identidad con documentación presuntamente falsa tal como indica la Circular FGE 2/2006, y a quienes hagan uso a efectos de su identificación de cualquier documento señalado en el art. 25 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los

Extranjeros en España y su Integración Social, que incorpore datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones, o que no resulten fiables en cuanto a la determinación de la edad, por proceder de países cuyas administraciones no garantizan la certeza o fiabilidad de los datos que sobre fecha, lugar de nacimiento o filiación del interesado se incorporan al pasaporte. También se incluyen en este caso los supuestos en que se ocupen al presunto menor documentos en que consten diferentes filiaciones o fechas de nacimiento.

En este sentido, ha de mencionarse la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 24 de abril de 2006, que considera indicios que pueden revelar el carácter defectuoso, erróneo o fraudulento de un documento, relacionados con las condiciones en que se elaboró o se redactó, los siguientes: a) la existencia de un intervalo muy largo entre la fecha del documento y la fecha del hecho a que se refiere; b) que el documento se haya elaborado transcurrido mucho tiempo desde el hecho al que aluden y muy poco tiempo antes del trámite para el que se expidió el documento; c) la existencia de contradicciones o aspectos inverosímiles entre los diferentes datos consignados en el acta o en el documento; d) que el mismo se haya elaborado exclusivamente sobre la base de la declaración de la persona a la que se refiere directamente; e) que se haya elaborado el documento sin disponerse de un elemento objetivo que garantizara la realidad del hecho referido en el mismo; f) que se trate de un documento expedido por una autoridad que no tenía en su poder o no tenía acceso al acta original.

Asimismo la citada Instrucción señala como posibles indicios de carácter defectuoso, erróneo o fraudulento, derivados de elementos externos del documento, los que se mencionan a continuación: a) que existan

contradicciones o aspectos inverosímiles entre los datos del documento presentado y los que figuran en otras actas o documentos comunicados a la autoridad competente o que obren en su poder; b) que los datos que figuran en el documento presentado no parezcan corresponder a la persona a la que se refieren; c) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de fraudes o irregularidades anteriores imputables al interesado; d) que la autoridad competente en el asunto haya tenido conocimiento por medios oficiales de numerosas irregularidades en la gestión de los registros civiles o la expedición de certificaciones de los registros del Estado de origen del documento presentado. Pues bien, en tales supuestos, la Instrucción, ante la duda que genera el documento, considera conveniente que la autoridad competente en el asunto realice todas las comprobaciones necesarias, en particular con el interesado y que, en caso necesario, proceda, si es posible, de acuerdo con las autoridades del lugar de que se trate, a una comprobación de que existe ese acta en los registros del Estado de origen y de su conformidad con el documento presentado.

Obviamente, una vez fijada la edad de un menor pueden aparecer nuevos elementos de juicio que generen dudas razonables sobre esa primera valoración. En consecuencia, nada impide que, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor, o en el supuesto de persistencia de las dudas sobre la edad del supuesto menor, o en caso de transcurso del tiempo, por ejemplo, porque se presentan documentos acerca de la minoría de edad cuando está a punto de llegarse a la mayoría de edad según una prueba ósea practicada hace algún tiempo, o porque aparecen nuevos procedimientos en que el interesado figura como mayor o menor de edad, resulte necesaria la revisión del decreto de determinación de edad.

Esta revisión puede llevarse a cabo por la misma Fiscalía que dictó el Decreto de determinación de edad o por otro órgano territorial distinto del

Ministerio Fiscal. Pero, por razones de coherencia interna, el Decreto de determinación de la edad no debe modificarse sistemáticamente por la mera circunstancia de que el presunto menor recale en un nuevo territorio, sino que, para que tal revisión se lleve a efecto, es preciso que concurren circunstancias sobrevenidas, pues en caso contrario, la edad decretada por un Fiscal de un determinado territorio será vinculante para los Fiscales del resto de los territorios. En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

La competencia para ello corresponde a la Fiscalía del lugar en que tenga su domicilio o se encuentre el presunto menor, la cual deberá solicitar de la Fiscalía que actuó anteriormente la remisión de una copia íntegra del expediente de determinación de la edad y de las diligencias practicadas, a fin de que, contando con el máximo de información, se eviten actuaciones dispersas o contradictorias.

## **VII- CONCLUSIONES**

PRIMERA. Las pruebas radiológicas suponen una intervención corporal leve. Por ello, pueden ser acordadas directamente por el Ministerio Fiscal, y realizadas siempre que se cuente con el consentimiento del interesado para su práctica, se efectúen por personal sanitario y se lleven a cabo con respeto a la dignidad de la persona.

SEGUNDA. La valoración acerca de la necesidad de la prueba exigirá, en la medida de lo posible, que los Sras./Sres. Fiscales, antes de decidir sobre este aspecto, comprueben si existe anotación sobre el mismo menor en el Registro de menores extranjeros no acompañados que regula el artículo 111 RE.

En esta valoración será precisa la ponderación de todas las circunstancias concurrentes, teniendo especialmente en cuenta el criterio médico y la búsqueda de la solución menos gravosa para la persona cuya edad se cuestiona.

TERCERA. La conducción del menor al centro sanitario y su permanencia en el mismo mientras se realizan las pruebas supone una situación de privación de libertad que debe prolongarse el menor tiempo posible.

CUARTA. En caso de que el menor no se someta voluntariamente a la práctica de la prueba de determinación de la edad, el Fiscal deberá informarle personalmente acerca de los aspectos esenciales, tanto médicos como legales, de la misma, así como de las consecuencias jurídicas que se derivarían, dependiendo de sus resultados, y de los efectos que podrían resultar de la negativa a practicar la prueba.

El Fiscal debe, en el mismo acto, oír al menor acerca de las razones de su negativa y sobre su posible disposición a someterse a otro tipo de pruebas alternativas.

QUINTA. En caso de persistir la negativa del presunto menor a someterse a la realización de la prueba radiológica o de cualquier otra prueba médica que afecte a ese mismo derecho, el Fiscal no puede imponer coactivamente su práctica, al verse involucrado el derecho a la integridad física y moral del menor.

SEXTA. La negativa a la práctica de la prueba podrá valorarse, junto con los restantes datos que obren en el expediente, como un indicio de mayoría de edad. Se tratará de un indicio poderoso, pero no determinante, pues la orientación fundamental ha de ser evitar tratar indebidamente como mayor de edad a un verdadero menor, contumaz o temeroso.

SÉPTIMA. Puesto que el decreto inicial de determinación de edad tiene efectos provisionalísimos, en caso de aportación de nuevas pruebas por parte del menor o de persistencia de las dudas racionales sobre su edad por otros motivos que no se tuvieron en cuenta en el primer procedimiento -especialmente porque el menor presenta documentación con indicios de falsedad o porque, aun siendo genuino el documento, contiene éste datos manifiestamente incorrectos, contradictorios con otras documentaciones o no fiables para la determinación de la edad-, podrá dictarse un nuevo decreto por parte de la Fiscalía correspondiente al lugar del domicilio o en el que se encuentre el presunto menor, por el que se acuerde una nueva determinación de su edad.

OCTAVA. Antes de efectuarse la nueva determinación de edad, deberá solicitarse la remisión de una copia de las actuaciones practicadas por el órgano territorial del Ministerio Fiscal que actuó en primer término.

NOVENA. En cualquier caso, este nuevo Decreto debe estar suficientemente motivado, y en el mismo han de exponerse detalladamente las concretas razones que justifican realizar tal revisión.

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

Madrid, 10 de noviembre de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES  
PROVINCIALES.**

## CONSULTA 2/2009

### **ACERCA DE SI EN LA VALORACIÓN DE LAS MERCANCÍAS SUSTRÁIDAS EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES SEGÚN LO PREVISTO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 365 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, DEBE EXCLUIRSE EL IMPORTE DEL IVA DEL VALOR TOTAL DEL PRECIO DE VENTA AL PÚBLICO.**

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA. II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 365 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. AUTO DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 72/2008 DE 26 DE FEBRERO DE 2008. III. DIFERENTES CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 365 DE LA L.E.Crim. IV. CONCLUSIONES

#### **I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA.**

Conforme a su redacción última, dada por *Ley 13/09 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*, el párrafo primero del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que, *“Cuando para la calificación del delito o de sus circunstancias fuere necesario estimar el valor de la cosa que hubiera sido su objeto o el importe del perjuicio causado o que hubiera podido causarse, el Juez oirá sobre ello al dueño o perjudicado, y acordará después el reconocimiento pericial en la forma determinada en el capítulo VII de este mismo título. El Secretario judicial facilitará a los peritos nombrados las cosas y elementos directos de apreciación*

*sobre [los] que hubiere de recaer el informe. Si tales efectos no estuvieren a disposición del órgano judicial, el Secretario judicial les suministrará los datos oportunos que se pudieren reunir, a fin de que, en tal caso, hagan la tasación y regulación de perjuicios de un modo prudente, con arreglo a los datos suministrados”.*

Con anterioridad a esta modificación del precepto -en la que se encomienda al Secretario judicial la función que anteriormente estaba reservada al Juez-, la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre de reforma del Código Penal de 1995, en su Disposición Final Primera, punto Segundo, letra e), había añadido un segundo párrafo al artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el siguiente tenor: *“La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público”.* En la Disposición Final Cuarta de la misma ley se establecía que *“En esta ley orgánica, tienen carácter de ley ordinaria los preceptos contenidos en el apartado segundo de la disposición final primera, en el apartado segundo de la disposición segunda y en la disposición final tercera, que han sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.5 y 8ª de la Constitución”.* Estas dos últimas previsiones no han sido modificadas por la Ley 13/09, manteniéndose el texto anterior en su estricta literalidad.

No explicaba el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2003, las razones por las que, además de abordar una profunda reforma de las partes general y especial del Código Penal, se efectuaban diversas modificaciones en algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien resulta razonable inferir que tales reformas procesales fueron inspiradas por la necesidad de reforzar la eficacia práctica de las modificaciones efectuadas en la ley rituarial por medio de la Ley Orgánica 8/2002 de 24 de octubre y la Ley 38/2002 de 24 de octubre, cuya finalidad prioritaria y común no era otra que la agilización y mejora del procedimiento abreviado para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas.



Como es bien sabido, el artículo 234 del Código Penal castiga como autor del delito de hurto al que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros, mientras el artículo 623.1º del Código Penal castiga como falta de hurto la misma conducta cuando el valor de lo sustraído no exceda de aquella cantidad. La frontera cuantitativa establecida por el legislador entre ambas infracciones está, pues, directamente vinculada a los conceptos de cuantía o precio de lo sustraído, y desde ese punto de vista, el nuevo párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Crim. no solo podía contribuir a mejorar el funcionamiento de la denominada *justicia rápida* en la práctica diaria de cualquier juzgado de instrucción de nuestra geografía, estén o no dotados de peritos tasadores en servicio de guardia -objetivo este que también los Sres. Fiscales han de promover, particularmente en las infracciones penales de menor entidad-, sino que, al facilitar un criterio de valoración sencillo y neutro, habría de resultar útil para poner fin a la inseguridad jurídica derivada de las diferentes interpretaciones existentes hasta aquel momento en esta específica materia, pues mientras unas Audiencias Provinciales fijaban el valor de lo sustraído partiendo del denominado *coste de reposición* -al que se sumaban los gastos de transporte-, otras sostenían que ese valor venía determinado por el *precio* -sin más adjetivaciones-, y una tercera corriente interpretativa optaba por detraer de éste último el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante IVA) y el margen comercial o de beneficio.

Resulta forzoso reconocer, sin embargo, que el nuevo párrafo del precepto no parece haber servido para superar las diferencias exegéticas apuntadas, manteniéndose en la actualidad las mismas posturas encontradas en el ámbito de las Audiencias Provinciales, circunstancia que se ve agravada por la falta de acceso que la cuestión tiene -*por mor* de las normas de atribución de la competencia para enjuiciar entre los diferentes órganos jurisdiccionales-, al criterio interpretativo unificador de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

La Fiscalía de la Comunidad Autónoma consultante se dirige a la Fiscalía General del Estado poniendo de relieve esas mismas diferencias interpretativas que, en relación con la materia, se pusieron de manifiesto en la reunión de su Junta de Fiscales del pasado mes de febrero. Así, y para la mayoría de los Sres. Fiscales asistentes a la Junta, en la valoración de los efectos sustraídos en establecimientos comerciales efectuada conforme al criterio facilitado por el art. 365.2 de la L.E.Crim., debe detrarse el importe del IVA del montante del precio de venta al público, mientras el Fiscal Superior mantiene la tesis contraria, partidaria de comprender en el concepto de precio de venta al público tanto el margen comercial de beneficio como el importe del IVA correspondiente en cada caso. El texto de la consulta se contrae por tanto a la resolución de esta específica cuestión, planteada en los términos a que acabamos de referirnos.

## **II. LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 365 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. AUTO DEL PLENO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 72/2008 DE 26 DE FEBRERO DE 2008.**

Un primer acercamiento al objeto del debate aconseja destacar que el Tribunal Constitucional, por medio de Auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, ha despejado definitivamente las dudas acerca de la constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Crim., que fueron en su día puestas de manifiesto reiteradamente por la corriente exegética partidaria de excluir o *restar* el importe del IVA del *precio de venta al público* en cuanto valor de referencia a tener en cuenta en la determinación del importe del bien objeto de sustracción en establecimientos comerciales.

La cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 365.2 de la L.E.Crim. fue formalmente planteada el 15 de noviembre de 2006, fecha en la que tiene entrada en el registro del Tribunal Constitucional un escrito de la Sección Cuarta

de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el que, con carácter previo a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 14 de septiembre de 2005 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 6 de los de Sevilla en el Procedimiento Abreviado nº 225/2005, se planteaba la posibilidad de que el párrafo segundo del art. 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudiera ser contrario a los arts. 9.3, 14 y 81.1 de la Constitución Española (en adelante, C.E.).

En la sentencia de instancia, el Juzgado de lo Penal había condenado al recurrente en apelación a una pena de tres meses de prisión e inhabilitación por considerarle autor de un delito de hurto en grado de tentativa. Los hechos se referían al intento de sustracción de dos maquinas fotográficas cuyos precios de venta al publico ascendían respectivamente a los 299 y 126,65 euros.

La Audiencia Provincial de Sevilla que promueve la cuestión de inconstitucionalidad argumenta, en primer término, que entiende aplicable la norma cuestionada al caso concreto aun a pesar de no haber sido expresamente mencionada en la Sentencia, dado que en el relato de hechos probados se hacía referencia exclusiva al precio de venta al público de los objetos que se intentaron sustraer (un total de 425,65 euros) y no a la tasación pericial de su valor (con la que, al parecer, también se contaba y que valoraba los bienes en un total de 361,80 euros), entendiendo la Sala que de la constitucionalidad del precepto dependía que la sanción a imponer lo fuera por delito o por falta de hurto, al haber fijado el legislador el límite cuantitativo entre ambos en los 400 euros.

Expone la Audiencia que, en lo que se refiere al tema de fondo, el precepto plantea dudas de constitucionalidad tanto desde la perspectiva de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 de la C.E.) como en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 de la C.E.), y en relación asimismo con el principio de igualdad (art. 14 de la C.E.).

Por lo que respecta a la eventual inconstitucionalidad del precepto relacionada con la infracción de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) la Sala hace hincapié en el hecho de que, aún tratándose la norma cuestionada de un precepto de la L.E.Crim., como consecuencia de su tenor literal, podría constituir un precepto penal sustantivo capaz de integrar los tipos penales relativos al hurto y por tanto, desde ese punto de vista, resultaría ineludible que revistiera la forma de ley orgánica y no la de ley ordinaria, tal y como expresamente establecía la Disposición Final Cuarta de la Ley Orgánica 15/2003. La propia Sala, con invocación de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 234/1997, de 18 de diciembre, hace notar que la norma cuestionada no puede constituir un elemento normativo complementario de los tipos penales relativos al hurto susceptible de ser regulado por una ley ordinaria, puesto que el *valor* de las cosas se refiere a un hecho y no a una realidad determinada por una norma jurídica o social, constituyendo además un elemento nuclear del tipo penal en la medida en que afecta a la distinción entre delito y falta. Igualmente descarta que la norma pueda erigirse en el complemento extrapenal propio de las normas penales en blanco, argumentando que los preceptos afectados disponen de todos los elementos precisos para la determinación de la conducta típica, sin que antes de la reforma comentada se hubiera planteado que las referencias existentes al valor de lo sustraído precisaran de ninguna integración normativa.

Las dudas de constitucionalidad referidas a los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y al principio de igualdad (art. 14 C.E.) se fundamentan, según la Sala que promueve la cuestión, en que el criterio del precio de venta al público resulta aleatorio, variable, tanto temporal como geográficamente, además de altamente dependiente de factores ajenos a la antijuridicidad del hecho, como lo es la voluntad del sujeto pasivo de la infracción penal. La Audiencia argumenta que, en virtud de la libertad de precios, existe la posibilidad de que el *precio de venta al público* varíe de un lugar a otro, e incluso temporalmente, concluyendo que, dada la trascendencia penal de dicha variación, el criterio de valoración propuesto no aparece racionalmente

justificado, puesto que puede llevar a castigar de modo muy distinto conductas que presentan idénticos rasgos de antijuridicidad en cuanto al desvalor de la acción -sustracción sin violencia, intimidación ni fuerza en las cosas- y al desvalor del resultado -idénticos objetos y mismo coste de reposición. Insiste la Sala en que, lejos de ser un valor objetivo y abstracto, el *precio de venta al público* constituye un criterio subjetivo y, en definitiva, arbitrario y generador de inseguridad jurídica.

En lo que aquí interesa, el Auto dictado por el Tribunal Constitucional resuelve en el sentido de acordar la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad, recordando en primer término que *“el art. 37.1 LOTC establece que el Tribunal podrá rechazar, en trámite de admisión, mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, la cuestión de inconstitucionalidad cuando fuera notoriamente infundada”*, para expresar acto seguido que *“el presente caso, como se argumentará a continuación, es uno de esos supuestos en que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas”*.

En cuanto a la cuestión de fondo, respecto de las dudas de constitucionalidad suscitadas en relación con la necesidad de que la norma revistiera rango de ley orgánica por los motivos a los que nos hemos referido anteriormente, el Pleno las considera también manifiestamente infundadas, toda vez que dicho precepto no regula ningún elemento de los tipos penales de hurto. Recuerda el Tribunal que *“los tipos penales contenidos en los arts. 234 del Código Penal -delito de hurto- y 623.1º CP -falta de hurto-, no son normas penales incompletas o en blanco, que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, pueden ser concretadas mediante normas que no revistan carácter orgánico, ni un supuesto de normas penales que remitan la regulación de elementos normativos complementarios del tipo penal a otras normas, técnica constitucionalmente admitida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 234/1997, de 18 de diciembre, sin que tampoco quepa apreciar que la norma*

*cuestionada venga a integrar los preceptos penales citados, estableciendo un elemento nuclear del tipo concretando la conducta infractora”, añadiendo acto seguido que “la norma cuestionada, al establecer que la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público, tampoco viene a regular una definición auténtica del concepto cuantía de 400 euros, aplicado al objeto del hurto, sino que se limita a fijar un criterio para la valoración probatoria de este concreto elemento en el contexto de los hurtos en establecimientos comerciales. Este carácter de mero criterio de valoración probatoria, además, está en perfecta concordancia con el hecho de su ubicación sistemática en el art. 365 L.E.Crim., en el que se regula la tasación pericial del valor de la cosa objeto de delito” concluyendo finalmente respecto de esta cuestión, que, desde la interpretación restrictiva del alcance de la reserva de ley orgánica que tradicionalmente ha defendido la jurisprudencia constitucional, no puede afirmarse que la norma cuestionada afecte directamente al derecho de libertad reconocido en el art. 17.1 de la C.E por cuanto no regula ningún elemento de los tipos penales de hurto ni determina los supuestos y/o las condiciones en que la privación de libertad es legítima.*

Por lo que se refiere a las objeciones sobre la eventual inconstitucionalidad del precepto relacionadas con los principios de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y con el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE), de nuevo el Pleno las considera notoriamente infundadas. En primer término, afirma el Alto Tribunal que la norma analizada es susceptible de ser interpretada y aplicada de una forma natural, dada su sencillez, sin que su contenido pueda generar confusión o dudas de ninguna índole, argumentando -por medio de una amplia cita literal del informe emitido por el Fiscal General del Estado en la propia cuestión de inconstitucionalidad- que *“la regulación establecida en la norma cuestionada sobre que el criterio para valorar los objetos sustraídos en los establecimientos comerciales será el precio de venta al público, ni puede considerarse que carezca de toda explicación racional ni, desde luego, que pueda generar confusión e incertidumbre acerca de*

*la conducta exigible para su cumplimiento. En efecto, más allá de las legítimas discrepancias que puedan mantenerse sobre cuál pudiera ser el criterio más adecuado para la valoración del objeto material de un delito de hurto -el precio de coste, el precio de reposición, el precio de venta o cualquier otro criterio imaginable- o incluso si esa valoración debe quedar dentro del margen de libertad probatoria y libre valoración de la prueba, lo cierto es que, aun cuando no exista ninguna referencia a ello en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 en que se añadió este precepto, existen razones para justificar la elección de este criterio por el legislador. Su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad del sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial, y, por otro, propicia la eliminación de la eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post. Igualmente, por lo ya avanzado con anterioridad, no resulta posible asumir las dudas relativas a la seguridad jurídica, pues, contrariamente a lo afirmado por el órgano judicial, este criterio, por su objetividad y facilidad de constatación para el sujeto activo, tiene, precisamente, la virtualidad de permitirle conocer con carácter previo a los hechos cuál va a ser la calificación de su conducta y, por tanto, la consecuencia jurídica aplicable”.*

Por último, y en lo que atañe al derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 C.E.) el Tribunal Constitucional vuelve a hacer suyas las palabras del Fiscal General del Estado en cuanto expresaba que *“no resulta posible apreciar que la norma cuestionada haya introducido ninguna diferencia de trato entre grupos o categorías de personas necesaria para dotar de un mínimo fundamento a esta duda de constitucionalidad. En efecto, la circunstancia destacada por el órgano judicial de que se estaría dispensando un desigual tratamiento para una misma conducta dependiendo de la decisión adoptada por el sujeto pasivo en función de la libertad de fijación de precios, no puede ser reconducida a una eventual lesión del derecho a la igualdad en la ley, ya que, conforme a lo previsto en la*

*norma cuestionada, con independencia del precio fijado en cada establecimiento para un producto, la valoración de ese producto en caso de hurto en ese concreto establecimiento será la misma para cualquiera sujeto activo, sin distinción ninguna y sin atender a ninguna consideración subjetiva, que es lo que prohíbe el art. 14 C.E. Ello, por si sólo, priva de cualquier fundamento a esta duda de constitucionalidad”.*

En atención a lo expuesto, el Pleno del Tribunal Constitucional no solo ha resuelto las objeciones jurisprudenciales relativas a la eventual inconstitucionalidad del precepto -destacando su pleno encaje constitucional-, sino que efectúa un apunte interpretativo del mismo al poner el acento en la sencillez de su redacción y la mayor seguridad jurídica que el criterio propuesto facilita en el ámbito de la valoración de los bienes o mercancías sustraídos en el interior de establecimientos comerciales.

### **III. DIFERENTES CRITERIOS INTERPRETATIVOS DEL PRECEPTO CONTENIDO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 365 DE LA L.E.Crim.**

Con anterioridad a la reforma de la L.E.Crim por Ley 15/2003, los términos *valor o cuantía* del bien sustraído habían dado pie a muy diferentes criterios hermenéuticos en las distintas Audiencias Provinciales, entendiéndose por *valor* de lo sustraído en unos casos el propio *coste de reposición* junto con los *gastos de transporte*; el *precio del bien*, sin más adjetivación, en el que se entendía incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido o el *precio de venta* excluidos el IVA y el margen comercial o de beneficio.

Según la 22ª Edición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, *cuantía* es expresión que se refiere al *valor de la materia litigiosa*, mientras el *valor* es la *cualidad de las cosas en virtud de la cual se da por*



*poseerlas cierta suma de dinero o equivalente.* Desde este primer acercamiento interpretativo conforme a la propia carga semántica de los términos, en el caso de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, su valor, aun antes de promulgarse el segundo párrafo del artículo 365 de la L.E.Crim., parecía referirse a su *precio de venta al público*, incluidos el margen de beneficio y el Impuesto sobre el Valor Añadido, por cuanto es esa y solo esa la cantidad cuyo abono faculta a la adquisición legítima del bien. En la línea apuntada, la Sentencia de la Sala Segunda de fecha 27 de abril de 2001, -una de las escasísimas ocasiones en que el Alto Tribunal se ha pronunciado en relación con esta materia-, expresaba lo siguiente: *“El criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio, puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente, el verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito”.*

Aun a pesar de lo expuesto, la exégesis de los términos *valor o cuantía* de los bienes dio lugar a tal variedad de hipótesis, que el legislador consideró la conveniencia de facilitar -por medio de la inclusión del segundo párrafo del artículo 365 de la L.E.Crim.-, un criterio de valoración *al que atender*, directamente vinculado con el significado de la expresión *precio de venta al público*. El hecho de que el ámbito del precepto aparezca perfectamente acotado -las sustracciones de mercancías en establecimientos comerciales-, y que en ese contexto se pueda prescindir de parámetros más complejos como, por ejemplo, el demérito del bien por el uso, son extremos que debieran haber facilitado su recta aplicación.

Sin embargo, persiste tras la reforma del precepto aludido la corriente interpretativa partidaria de *deducir o restar* el importe de IVA a la hora de valorar los efectos sustraídos en los establecimientos comerciales. En este sentido, la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid nº 348/2008 de 14 de noviembre de 2008 aboga por descontar el importe correspondiente al IVA *“por constituir el impuesto un gravamen cuya base imponible es precisamente el precio de venta al público”*, completando la argumentación con una referencia a que el valor del producto viene integrado tan solo por el coste de adquisición y el importe de la ganancia, excluyéndose en todo caso los impuestos, ya que, según se afirma, no habiéndose producido la venta, no nace la obligación tributaria. En parecidos términos se expresan algunos de los Sres. Fiscales de la Fiscalía consultante cuando afirman que el precio de venta al público constituye la base imponible del IVA, lo que permite distinguir entre aquel y el precio total a pagar, que resultaría de la suma del primero y el porcentaje correspondiente al impuesto. En esa misma línea, la Sentencia nº 45/2009 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 2 de febrero de 2009 alude a que el concepto *precio de venta al público* tiene un alcance menor que el desembolso que el comprador hace para la adquisición del producto, limitándose a la contraprestación económica que habría de satisfacer el propietario de la cosa a cambio de la transferencia del dominio del bien mueble.

El artículo 3 del Código Civil establece como criterios interpretativos de las normas el *sentido propio de las palabras en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social en que han de ser aplicadas, atendiendo además a su espíritu y finalidad*. Sin embargo, las interpretaciones a que acabamos de referirnos, prescinden abiertamente de estos criterios, y en primer término del propio tenor literal del artículo 78 de la Ley 37/1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido, de 28 de diciembre (en adelante, LIVA), en cuanto establece que la base imponible del impuesto en el régimen general está constituida por el importe total de la *contraprestación* que

debe satisfacer el destinatario de las operaciones sujetas al impuesto, expresión que en el contexto de la norma no incluye el importe del Impuesto. Es decir, la LIVA no utiliza los términos *precio de venta* ni *precio de venta al público* a la hora de definir la base imponible del impuesto en el régimen general. Por otra parte, la locución *precio de venta al público* constituye un elemento normativo del precepto comentado de la L.E.Crim que, como veremos, sí está legalmente definida, específicamente en el sector normativo que regula el consumo.

Con carácter general, en la óptica de la economía y las relaciones comerciales, es obvio que la mera alusión al *precio* de un bien puede evocar un valor en el que no estén incluidos los impuestos que lo graven; en otras ocasiones, el término aparece profusamente adjetivado, hablándose de *precios de coste, de penetración, desviados, de mercado, simbólicos, de reposición y unitarios*, entre otras muchas expresiones que hacen referencia a realidades muy diversas, aun cuando todas ellas estén más o menos directamente relacionadas con el valor que se les da a los bienes. Sin embargo, la locución *precio de venta* o *precio de venta al público*, en el territorio de aplicación del impuesto, incluye en todo caso el importe del IVA.

Efectivamente, en el artículo 2 apartado a) de la Directiva 98/6/CE de protección de los consumidores, se establecía que, a efectos de la propia Directiva, se debía entender por *precio de venta* el precio final de una unidad del producto o de una cantidad determinada del producto, incluidos el IVA y todos los demás impuestos; Igualmente, el Real Decreto 3423/2000 de 15 de Diciembre (BOE Número 311 de 28.12.2000), por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, establece textualmente, en su *artículo 4.1 relativo a las Características y presentación de los precios, que el precio de venta (precio final de una unidad del producto, incluidos IVA y todos los demás impuestos) deberá ser: a) Inequívoco, fácilmente identificable y claramente legible, situándose en el mismo*

*campo visual. b) Visible por el consumidor sin necesidad de que este tenga que solicitar dicha información.*

Como consecuencia de lo anterior, resulta a su vez indudable que, en la *realidad social*, -como criterio interpretativo de la norma al que también se refiere el artículo 3 del Código Civil-, cualquier potencial consumidor, en el territorio de aplicación del impuesto, sabe que el precio de venta o P.V.P. –habitualmente exhibido en las etiquetas de las mercancías ofertadas en los establecimientos comerciales-, es el importe que debe abonar para adquirir legítimamente el bien, y que un porcentaje de dicha cantidad corresponde al Impuesto sobre el Valor Añadido, aun cuando su cuantía pudiera no aparecer desglosada en el correspondiente comprobante de compra.

Por otra parte, las sentencias citadas tampoco explican suficientemente las razones por las que se decide incluir en el valor del bien objeto de sustracción el importe íntegro del margen de beneficio o de los otros impuestos o aranceles que han podido gravarlo, mientras se deduce el montante del Impuesto sobre el Valor Añadido en atención a la sola afirmación de considerar no realizado el hecho imponible. En este sentido, un correcto entendimiento del Impuesto sobre el Valor Añadido exige recordar que el objeto de la tributación, según el artículo 1 de la Ley 37/1992 que lo regula, lo constituye el consumo, aun cuando el legislador ha optado por fijar el hecho imponible en relación con las entregas de bienes y las prestaciones de servicios, configurando así como sujeto pasivo del impuesto al empresario, que es quien realiza dichos actos.

Por contra, una figura impositiva que definiera el hecho imponible en relación con el acto final del consumo, convertiría al consumidor en sujeto pasivo del impuesto, al ser este quien realizaría el hecho imponible y quien, en consecuencia, devendría obligado a la liquidación e ingreso de la cuota impositiva. En el IVA, sin embargo, a través del mecanismo plurifásico de la repercusión-deducción, el obligado a ingresar el impuesto en la Hacienda

Pública es el vendedor o el prestador del servicio, aun cuando quien realmente sufre la carga del tributo es el consumidor final. De este modo se facilita la recaudación, evitando que sean los consumidores -infinitamente más numerosos y mucho menos familiarizados con la gestión fiscal- quienes declaren e ingresen el impuesto, tal y como ocurre, por ejemplo, en algunos estados de los Estados Unidos de América, dónde la aplicación del llamado *Use Tax* -modalidad de tributo que grava el uso y consumo de bienes y en el que es el consumidor el sujeto pasivo de la obligación fiscal- trae consigo un incremento del riesgo de fraude fiscal y dificulta notablemente la correcta gestión del impuesto.

Así pues, partiendo de una configuración técnica del tributo algo más compleja, en el Impuesto sobre el Valor Añadido, el hipotético *fabricante* del bien lo entregará al *comerciante* por lo que se denomina *su valor añadido*, integrado por sus costes de producción y el beneficio empresarial, añadiendo además la repercusión del impuesto, que el propio *fabricante* habrá de ingresar en la Hacienda Pública. En este régimen general, el *comerciante* que adquirió el bien agregará al mismo su propio valor añadido, vendiéndolo al *consumidor* por la suma de sus costes, su margen de beneficio y el importe del impuesto repercutido, deduciéndose -en el momento de calcular el importe que debe ingresar en la Hacienda Pública-, del total del IVA devengado, el importe del IVA que hubiere soportado en sus adquisiciones. Finalmente es el consumidor final, adquirente último del bien, quién abona la totalidad del gravamen, aunque no tendrá la obligación de ingresarlo en la Hacienda Pública sino tan solo de entregárselo al *comerciante*, su proveedor.

La mecánica descrita garantiza la neutralidad -al menos conceptual- del impuesto en el ámbito empresarial, de modo que no afecte a la competitividad ni incida en las decisiones económicas de los empresarios, al no suponer ni un coste ni un ingreso adicional para ellos, siendo su función la de meros intermediarios entre la administración tributaria y el consumidor final.

Sin embargo, el IVA sí incide directamente en los consumidores en la medida en que el impuesto por ellos soportado no pueden deducírselo, y por lo tanto, constituye para el consumidor un mayor coste del bien o del servicio. En el ámbito penal y desde esta perspectiva, no aparece suficientemente justificado que se incluyan en la valoración de los bienes todos sus otros costes -de producción y distribución-, los impuestos especiales, aranceles aduaneros y hasta el margen de beneficio del empresario, para sin embargo, detraer el importe del IVA tan solo en aquellas mercancías o bienes que hayan llegado a poder del sujeto como consecuencia de una sustracción constitutiva de ilícito criminal, aun a pesar de resultar obvio que dicho importe integra el último eslabón en la cadena impositiva que grava el bien, constituyendo una parte del precio a pagar y, por consiguiente, un coste de ineludible abono para el adquirente legítimo del mismo.

La opción de deducir el importe del IVA en la valoración de la mercancía sustraída en el establecimiento comercial, llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a determinar, en primer término, el territorio de aplicación del impuesto, que conforme prevé el artículo 2 de la LIVA, se corresponde con el territorio nacional peninsular y las Islas Baleares, teniendo sin embargo carácter de territorios terceros –dónde no es de aplicación el IVA- las ciudades de Ceuta y Melilla y el Archipiélago Canario. Resultaría por tanto necesario conocer y descontar del valor de la mercancía el importe del Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) cuando el hecho tenga lugar en las islas y el importe del Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), cuando la sustracción tenga lugar en Ceuta o Melilla, como tributos asimilables al IVA en aquellos lugares.

Asimismo, resultaría ineludible atender al tipo impositivo aplicable en cada caso, que, dependiendo de la naturaleza del bien, puede ser el tipo general, hasta ahora en el 16 por cien, el reducido, al 7 por cien y el súper reducido, al 4 por cien, además de los tipos específicos previstos para el régimen especial del

*recargo de equivalencia* (al 1,75 por cien en el caso de los bienes objeto del Impuesto Especial sobre las Labores del Tabaco, y al 4, 1 y 0,5 por cien según se trate de artículos gravados al tipo general, reducido y súper reducido, respectivamente). Habría de tenerse en cuenta además el tipo impositivo vigente en el momento del hecho, dado que los tipos son susceptibles de variaciones y, concretamente en este momento, están previstas subidas inminentes de algunos de ellos como consecuencia de la política fiscal diseñada en atención a la actual coyuntura económica.

Debería determinarse en cada caso si la tributación por el IVA está sometida al régimen ordinario o a alguno de los diversos regímenes especiales previstos legalmente, entre los que se encuentra el de *bienes usados, objetos de arte, antigüedades y objetos de colección (REBU)* en cuyo caso, la base imponible del tributo no es la *contraprestación* del bien como ocurre en el régimen general, sino que, conforme prevé el artículo 137 de la LIVA, está constituida por el margen de beneficio de cada operación, minorado en la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido correspondiente a dicho margen, entendiéndose a estos efectos por *margen de beneficio* la diferencia entre el precio de venta y el precio de compra del bien. En el párrafo tercero del propio artículo 137 de la LIVA, se establece que el *precio de venta* del bien está integrado por el importe total de la *contraprestación más la cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido que grave la operación*.

No menos conflictivo resultará mantener la interpretación partidaria de excluir el tributo del valor del bien en los casos en los que el empresario –sujeto pasivo de la sustracción- sea un minorista sometido preceptivamente al *régimen especial del recargo de equivalencia* -personas físicas o determinadas entidades en régimen de atribución de rentas en el IRPF que comercialicen al por menor artículos o productos de cualquier naturaleza, salvo los exceptuados, sin haberlos sometido a proceso alguno de fabricación, elaboración o manufactura-, circunstancia que atendiendo al tipo de infracciones penales afectadas, ocurrirá

con cierta frecuencia (los ejemplos son incontables, *quioscos de prensa, pequeño comercio de libros, alimentación, regalos, etc.*). Según dicho régimen especial, y salvo determinadas operaciones puntuales, los comerciantes minoristas no deben presentar declaración-liquidación por el IVA, ya que la exacción del impuesto correspondiente a sus ventas se realiza a través del recargo que deben repercutirles sus propios proveedores junto con la cuota ordinaria del IVA, siendo estos proveedores los encargados de liquidar e ingresar ese recargo a la Hacienda Pública, importe, pues, que el minorista *anticipa* al momento de realizar sus compras y que solo recupera con las ventas al consumidor final. En este régimen especial, si la mercancía resulta sustraída y el importe del gravamen se obvia en el momento de valorar el bien en sede penal, la carga del impuesto se desplazará, constituyendo un coste irrecuperable para el comerciante minorista.

Así las cosas, las afirmaciones del Tribunal Constitucional respecto de la sencillez del precepto y su potencial utilidad para minimizar la inseguridad jurídica -en la medida en que facilita un criterio de valoración de carácter objetivo- tan sólo resultan certeras en tanto en cuanto se dé a la expresión *precio de venta al público* su verdadera significación de acuerdo con la legislación que regula el consumo y la propia LIVA, comprensiva del monto total que haya de desembolsarse en cada caso para la legítima adquisición del producto. Los ejemplos que se acaban de citar en relación con el IVA son sólo algunas muestras de la dificultad que entraña mantener una exégesis del precepto que además de prescindir de la *dicción literal* del artículo 78 de la LIVA, desoye el significado propio de la locución *precio de venta*, ignora la *realidad social* en la que ha de aplicarse la norma y contraviene el *espíritu y finalidad* simplificadora del precepto, por cuanto obliga a adquirir un amplio conocimiento de las variables de la tributación en cada caso y de la compleja normativa del impuesto, dificultando incluso que el sujeto activo de la infracción -particularmente en el caso de las sustracciones al descuido- esté en condiciones de prever la entidad del injusto (delito o falta de hurto) y sus consecuencias legales.



Existe un importante número de resoluciones de las diferentes Audiencias que amparan el criterio de que, tanto el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido como el margen comercial, los costes de producción y distribución y cualesquiera otros tributos o aranceles que hayan gravado el bien, forman parte del precio de venta al público de la mercancía. En ese sentido se pronuncia la Sentencia nº 21/2009 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de enero de 2009 en la que se argumenta a favor de no descontar el importe del IVA en la valoración del bien cuando dice que *"El precio de venta al público no es sino el que ha de desembolsarse para poder adquirir el producto (...) cualesquiera que sean los conceptos englobados en el mismo"*.

En similar sentido, la Sentencia nº 122/2009 de 12 de marzo de 2009 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación al párrafo segundo del art. 365 de la L.E.Crim retoma los argumentos vertidos por la misma Sala en su Sentencia nº 121/2008 de 12 de marzo, cuanto establece: *"La norma extra penal que comentamos es precisa y su oportunidad y sentido tiene plena justificación en dos vertientes. Por un lado, facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido (...) y de otro lado, es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta. Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpretativo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye a nuestro juicio que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental: ticket de compra, documento que acredite el precio etc., pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de los medios de prueba"*, para añadir finalmente que *"el valor de venta es el precio final de todo producto y este incluye el IVA, por lo que donde la ley no distingue no cabe hacer distinciones. Los*

*argumentos anteriores permiten concluir que la sentencia de instancia debió tomar el precio de venta al público de la mercancía sustraída con inclusión del IVA como referencia obligada para la calificación de los hechos como delito de hurto."*

También la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, en su Sentencia nº 12/2009 de 13 de febrero, a partir de la dicción literal del artículo 365, interpreta que habrá de estarse al precio de venta al público, *"concepto que integra todo lo que el comprador satisface por la mercancía, incluido el IVA, cuya exclusión beneficiaría al infractor que, consumado el delito, se ahorraría el tributo, frente al ciudadano que en una compra de idéntico bien, estaría obligado al pago del impuesto"*. La Sentencia nº 696/2008 de 31 de octubre de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid en ese mismo sentido establece que *"el precio de venta al público se refiere al valor de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, que no es otro que aquel por el que un bien se pone a la venta o puede adquirirse por un particular, es decir, el que incluye los correspondientes impuestos indirectos con independencia del grado de ejecución alcanzado"*.

Las dificultades interpretativas derivadas de la exclusión del importe del IVA, y la inseguridad jurídica que dicha tesis puede generar se ponen también de manifiesto en la Sentencia nº 135/2009 de 4 de febrero, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando recuerda que *"descontar el importe del IVA sobre la teoría de ser un impuesto que solo paga el consumidor final, llevaría a la necesidad de descontar también los restantes gastos fiscales del negocio, como los del transporte, la nomina del personal etc., partidas que igualmente podrían considerarse como parámetros o costes que no formarían parte del núcleo del valor del producto sino gastos artificialmente incorporados por el comerciante. Resultando realmente difícil, por no decir imposible, conocer el valor del bien a partir de este planteamiento"*.

Por último, la consulta elevada por la Fiscalía de la Comunidad Autónoma planteaba la posibilidad de que la interpretación del precepto hubiera de ser diferente según que el bien resultara sustraído del propio establecimiento comercial-, en cuyo caso se entendería que se debe detraer en su valoración el importe del IVA y el margen comercial-, y el supuesto de que el bien fuera sustraído en el establecimiento pero a un cliente del mismo, inmediatamente después de que este lo haya adquirido tras abonar su importe y sin haberlo usado, en cuyo caso debería tenerse en cuenta en la valoración tanto el IVA como el margen comercial.

La hipótesis planteada contribuye, en realidad, a reforzar la argumentación jurídica efectuada hasta este momento, dado que, de otro modo, un mismo hecho podría ser calificado como delito o falta en función de que el propio objeto hubiera sido sustraído de uno de los estantes del establecimiento o de la bolsa de un cliente que ya lo hubiera abonado.

De lo dicho hasta este momento se concluye que estos últimos matices planteados por la consulta resultan de todo punto irrelevantes. Si en la valoración del bien sustraído, en uno u otro supuesto, se quiere atender al criterio del *precio de venta al público* –y el tenor literal del precepto no excluye tal posibilidad-, dado que dicha expresión se refiere a la cantidad que debe abonarse para la adquisición del bien, incluyendo entre otros costes el importe del IVA y el margen comercial, las diferencias entre las dos hipótesis apuntadas solo tendrán trascendencia a la hora de determinar quién ha resultado perjudicado por la acción, y por tanto, a quién debe reintegrarse el bien o quién es acreedor de la correspondiente indemnización en concepto de responsabilidad civil derivada de la infracción penal, en su caso.

#### IV. CONCLUSIONES.

**PRIMERA.** El Tribunal Constitucional, por medio del Auto del Pleno de 26 de febrero de 2008, ha declarado manifiestamente infundadas las dudas sobre la constitucionalidad de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Crim planteadas por la Audiencia Provincial de Sevilla, en cuanto hace referencia a la posibilidad de atender, en la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, a su precio de venta al público. Al entender del Tribunal Constitucional, la interpretación del precepto conforme a su tenor literal, la sencillez de su redactado y su clara vocación simplificadora, proporcionan un criterio de valoración objetivo susceptible de ser *tenido en cuenta* en un marco específico de la realidad -las sustracciones de mercancías exhibidas en establecimientos comerciales-, que hace posible la determinación del valor de las mismas sin que sea preceptiva la realización, en todo caso, de un informe de tasación pericial.

**SEGUNDA.** Los Sres. Fiscales atenderán al criterio de valoración previsto en el párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Crim. en el ámbito a que se refiere el precepto, promoviendo activamente el enjuiciamiento de las infracciones penales afectadas (particularmente, los delitos y faltas de hurto) por los cauces de la denominada *justicia rápida*, especialmente en los supuestos en que el imputado y su representación letrada hayan manifestado su voluntad de prestar conformidad con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal.

**TERCERA.** En la valoración de las mercancías a que se refiere el párrafo segundo del artículo 365 de la L.E.Crim., los Sres. Fiscales interpretarán la locución *precio de venta al público* como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto, cifra que habitualmente se exhibe en el etiquetado de la mercancía y que comprende, sin desglosar, los costes de

producción y distribución del bien, los márgenes de beneficio de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que se incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en el territorio de aplicación del impuesto (Península y Baleares), y el Impuesto General Indirecto Canario (IGIC) y el Impuesto sobre la Producción, los Servicios y las Importaciones (IPSI), en las Islas Canarias y en las ciudades de Ceuta y Melilla, respectivamente.

**CUARTA.** En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que se una al expediente la etiqueta o documento acreditativo del importe del precio de venta al público de la mercancía objeto de sustracción.

Por lo expuesto, en lo sucesivo, los Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones, se atenderán al contenido de la presente Consulta.

Madrid, 21 de diciembre de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES, FISCALES JEFES  
PROVINCIALES Y DE ÁREA.**

## **CIRCULAR 1/2009**

### **SOBRE LA SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD POR LA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO SEMIABIERTO, EN SUPUESTOS DE QUEBRANTAMIENTO**

1.- Antecedentes 2.- La regulación de la modificación de medidas *in peius* tras la reforma 8/2006 3.- La posición del Tribunal Constitucional 4.- Requisitos procedimentales 5.- Constatación del quebrantamiento 6.- Requisitos materiales: el principio de proporcionalidad. 7.- Conclusiones.

#### **1.- Antecedentes**

La posibilidad de modificación de las medidas impuestas en resolución firme como manifestación del principio de flexibilidad en la ejecución supone dar márgenes de maniobra al Juez y al Fiscal y trae causa en la necesidad de adecuar la respuesta jurídica a las concretas demandas que el interés del menor plantea en cada caso concreto.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM) asume este principio general, concretamente en los arts. 13 y 51, que permiten reducir, modificar o cancelar la ejecución de la medida impuesta, tratando siempre de preservar el interés del menor. Este principio es una de las señas de identidad

del Derecho Penal de Menores y como tal aparece en los principales instrumentos internacionales sobre la materia. En este sentido pueden citarse el principio nº 17.4 de las Reglas Mínimas de las NNUU para la Administración de Justicia de menores, de 29 de noviembre de 1985; la regla 16 párrafo primero de la Recomendación 87(20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil* y las reglas III.13 y III.20 de la Recomendación (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre nuevas vías de tratar la delincuencia juvenil y el papel de la Justicia Juvenil*. Implícitamente también lo asume el art. 40.1 de la Convención de Derechos del Niño.

Igualmente la reciente Recomendación Rec (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 5 de noviembre de 2008, *sobre Reglas Europeas para Menores sujetos a Sanciones o Medidas* acoge el principio de flexibilidad en su punto III.E.1. 49.2.

El art. 23 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, de 11 de junio de 1948 ya estableció que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revestían carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La STC nº 36/1991, de 14 de febrero declaró al respecto que la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora no contraría el principio de legalidad penal, *pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de*

*adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia.*

No obstante, la misma resolución, en su inciso final, establecía límites: es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

Una manifestación singular del principio de flexibilidad es la contenida en el art. 50.2 LORPM para supuestos de quebrantamiento. De acuerdo con este precepto, *si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.*

Debe además tenerse presente -y ello es importante- que en estos casos el Juez de Menores acordará que el Secretario Judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de infracción penal y merecedor de reproche sancionador.

Este precepto tiene como finalidad dar una respuesta a los quebrantamientos en la ejecución de medidas en medio abierto, que por su propia naturaleza son difíciles de ejecutar ante una voluntad deliberadamente rebelde del destinatario de la misma.



Pero no en todos los casos debe procederse, ante un quebrantamiento, a la sustitución. No debe olvidarse que continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 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* conforme a la que *cabe pensar en una modificación a la vista de la manifiesta ineficacia de la medida. No se olvide que no se trata propiamente de sanciones. Si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.*

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores, al analizar el inciso segundo del art. 50.2 LORPM, teniendo en cuenta la doctrina sentada por la STC nº 36/1991 se mostraba reticente a su aplicación al considerar que, entendida en los términos en que está redactado el precepto, supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, la Circular arbitraba distintas alternativas a su utilización tales como en caso de pluralidad de hechos delictivos, solicitar la *imposición tanto de la medida no privativa de libertad de que se trate (por lo general, la de libertad vigilada) como de la medida de internamiento por el tiempo que estime procedente, con la particularidad de que la medida no privativa de libertad habría de ejecutarse antes que la de internamiento, como excepción a la regla 1ª del art. 47.2, que el Juez de Menores podría alterar fundamentando su decisión en el interés del menor.* Otra alternativa era la de condicionar la no ejecución efectiva de una medida de internamiento en centro semiabierto al cumplimiento de una medida de libertad vigilada.

Siguiendo la estela de la Circular, esta previsión legal fue objeto de múltiples críticas y así la conclusión nº 12 de las Jornadas de Jueces de menores organizadas por el CGPJ en abril de 2001 estableció que *el art. 50. 2 de la LORRPM, en cuanto que prevé, en caso de quebrantamiento, la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento en centro semiabierto, puede ser contrario a los principios acusatorio y de proporcionalidad que regula el art. 8 de la LORPM.*

Sea por los términos ambiguos de la Circular, sea por la insuficiencia de las alternativas planteadas por ésta, lo cierto es que de las Memorias de la Fiscalía General del Estado de los años posteriores se deducía que algunas Secciones de Menores, superando los escrúpulos de la Circular 1/2000, promovían la sustitución de medidas no privativas de libertad impuestas por el internamiento en régimen semiabierto en casos de quebrantamiento.

De hecho, las conclusiones de las Jornadas de Fiscales especialistas en reforma de menores, celebradas en Almagro los días 6 y 7 de septiembre de 2007, expresamente declaran que “se estima adecuado, con la excepcionalidad que se predica en el art. 50.2 LORPM, la sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste de cumplimiento” (vid. conclusión 7 a).

## **2.- La regulación de la modificación de las medidas *in peius* tras la reforma 8/2006.**

La reforma 8/2006 no solo ha mantenido la plena vigencia del art. 50.2 LORPM sino que además, siguiendo su filosofía, introduce nuevas vías para modificar las medidas en ejecución en un sentido agravatorio.

En efecto, el inciso primero del apartado segundo del art. 51 LORPM establece que cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado.

El inciso segundo del apartado segundo del art. 51 LORPM tras la reforma, también permite 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 art. 9.2 de esta Ley.

Aquí la mera evolución desfavorable habilita para modificar la medida impuesta en un sentido agravatorio.

Desde el punto de vista procedimental, la Circular 1/2007 aclaraba que aunque no se establecen expresamente los cauces para operar esta sustitución, será en todo caso necesario abrir un incidente en el que se dé audiencia tanto al Fiscal como al ejecutoriado y a su Letrado, debiendo resolverse mediante auto debidamente motivado (art. 44.1 LORPM), y susceptible de recurso tanto de reforma como de apelación (art. 41 LORPM).

Por tanto, tras la reforma el Legislador no sólo mantiene las posibilidades agravatorias del art. 50.2 sino que las incrementa.

En esa tesitura, la Circular 1/2007, asume implícitamente la aplicabilidad del art. 50.2 y expresamente la del art. 51.2, bien que introduciendo algunas cautelas garantistas.

En realidad, como ya refería el AAP Madrid secc. 4ª 100/2003, de 25 de noviembre “la sustitución resulta necesaria e indispensable para que pueda alcanzar ejecutividad la sentencia cuyo cumplimiento no debe quedar a la libre decisión unilateral del menor”.

### **3.- La posición del Tribunal Constitucional**

El Tribunal Constitucional recientemente ha tenido ocasión de zanjar el debate al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona en relación con el art. 50.2 LORPM.

El reciente ATC nº 33/2009, de 27 de enero rechaza que el art. 50.2 LORPM sea contrario al principio de seguridad jurídica: considera el TC que *“...ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma...tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el art. 50.2 LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales”*.

Añade el TC que *“...la excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad no incurre en desproporcionalidad...”*.

Continúa la resolución afirmando que el art. 50.2 LORPM no contradice las exigencias de la STC 36/1991, pues “supedita el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Menores para sustituir la medida inicialmente impuesta por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, uno de carácter sustantivo, cual es el previo quebrantamiento por el menor de la medida inicialmente impuesta; dicho de otro modo, es preciso que sobrevengan “nuevos hechos” en los términos de la STC 36/1991. Y, en segundo lugar, otro de carácter procesal, pues la decisión judicial de sustitución de la medida sólo puede adoptarse “a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico”; esto es, debe mediar “nuevo procedimiento”, según se declaró en la indicada Sentencia”.

Además, para el TC el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva “...actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad... no forma parte de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de éstas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones”.

Cierra el TC su razonamiento declarando que “...la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del ius puniendi de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la

medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego”

Por consiguiente, tras este pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución, quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del art. 50.2 LORPM.

#### **4.- Requisitos procedimentales**

Podrá ser aplicada esta sustitución *in peius* siempre en el contexto de excepcionalidad que el propio precepto establece y con el cumplimiento de los presupuestos de procedimientos. La excepcionalidad de la sustitución también es subrayada por la Recomendación Rec (2008)11, la cual, admitiendo la modificación de medidas, introduce restricciones, al disponer en su punto 30.1 que el incumplimiento por los menores de las condiciones y obligaciones de las sanciones o medidas comunitarias (en régimen abierto) que les hubieren sido impuestas, no debe llevar automáticamente a la privación de libertad. Cuando sea posible, las primeramente impuestas serán reemplazadas por sanciones o medidas comunitarias nuevas o modificadas.

Pues bien, los requisitos procedimentales legalmente establecidos son los siguientes: 1) Propuesta del Ministerio Fiscal; 2) Audiencia previa del letrado y del representante legal del menor; 3) Audiencia previa del equipo técnico.

Cabe plantear dos cuestiones:

La primera es si debe darse audiencia al menor. La respuesta es afirmativa, pese a la ausencia de referencia expresa en el precepto. El art. 9.1 la LO 1/1996, de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) declara el derecho del menor *a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*. Mas específicamente, el art. 22.1 d) LORPM reconoce el derecho al menor desde el mismo momento de la incoación del expediente *a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente*.

Qué duda cabe que la decisión de ingreso en un centro de régimen semiabierto afecta profundamente a la esfera personal, familiar y social del menor. *A fortiori*, teniendo en cuenta que lo normal será que no exista aún sentencia condenatoria respecto del quebrantamiento, deberá darse al menor la oportunidad de alegar cuanto en su descargo considere oportuno en relación con el mismo.

Una segunda cuestión alude a la posible participación de la acusación particular en el incidente. El art. 25 LORPM en su letra g) no deja lugar a dudas al establecer el derecho de la acusación *a ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor*.

Esto no obstante, debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal el incidente no puede iniciarse, a la vista de los términos rotundos del art. 50.2 LORPM y teniendo en cuenta la excepcionalidad que inspira al precepto.

La petición del Fiscal (vid. Instrucción 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*) y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige. En este sentido, el AAP Madrid secc. 4ª nº 73/2004, de 8 junio declara que *la excepcionalidad de la medida obliga a justificar las razones por las que se decide la sustitución. Esta justificación surge de la lectura de los informes que el Juez de Menores ha asumido: el menor no acepta el programa de ejecución de la medida impuesto. Y no solamente no hace lo más mínimo para insertarse en el mundo laboral, sino que está en una actitud de resistencia frente a cualquier actuación, por lo que la sustitución resulta casi obligada...*

## **5.- Constatación del quebrantamiento**

Debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que ha de presidir la sustitución de la medida.

El quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, conforme al apartado cuarto del art. 14 RLORPM se producirá por la falta de presentación a las entrevistas a las que el menor haya sido citado para elaborar el programa de ejecución y el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que, según lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, conforman el contenido de cada medida.

Lógicamente, para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el art. 50.2 LORPM es necesario que se



constante voluntariedad y continuidad. Las faltas de presentación justificadas y los incumplimientos aislados no pueden fundamentar la modificación.

De nuevo aquí entra en juego la cláusula de la excepcionalidad: este recurso debe utilizarse ante un incumplimiento reiterado que lleve a la conclusión de que se han agotado otras posibilidades.

Cuando se detecte la actitud reacia del menor al cumplimiento, sin que conste aún la efectividad de un quebrantamiento, tanto para la mejor constatación del incumplimiento aún no claramente apreciable, como para apurar los recursos pedagógicos, será ordinariamente conveniente, antes de acordar la sustitución por quebrantamiento, celebrar una previa comparecencia en la que se oiga al menor, junto con el Fiscal, Equipo Técnico y profesional de la entidad pública encargado del cumplimiento, advirtiéndole al primero que, de continuar su actitud contraria, se procederá a la sustitución de la medida. En definitiva, es aconsejable conceder una segunda oportunidad al menor.

Cuando pese a esta advertencia persista el incumplimiento o, cuando aún sin ella, conste la realidad e importancia de éste a través del informe del profesional de la entidad pública, podrá valorarse la conveniencia de la sustitución.

En este sentido, el AAP Huesca nº 30/2002, de 15 de abril declara que “la posibilidad de sustituir una medida no privativa de libertad por un ingreso en centro semiabierto es excepcional, de modo que...el incumplimiento de la medida de asistencia a centro de día, que inicialmente le había sido impuesta al menor, debería reunir los caracteres de habitualidad y reiteración para justificar la aplicabilidad del expresado art. 50.2”.

## **6.- Requisitos materiales: principio de proporcionalidad**

Superadas las dudas sobre la constitucionalidad del precepto analizado, debe subrayarse su enorme potencial como elemento disuasorio de quebrantamientos de medidas no privativas de libertad y como cauce para dar una efectiva respuesta socializadora al menor infractor reacio a su cumplimiento. Además, la disponibilidad de esta alternativa conjura el riesgo de que los Jueces de Menores eludan optar por la medida en medio abierto ante la eventualidad de no poder intervenir adecuadamente si la misma después se quebranta.

Ello no obstante, su aplicación exige el pleno sometimiento al principio de proporcionalidad.

La Recomendación Rec (2008)11, además de subrayar en los términos antes expuestos la excepcionalidad de la sustitución de medidas no privativas de libertad por internamientos, dispone como principio general en su punto A.5 que la imposición y ejecución de sanciones o medidas...*deberá estar...limitada por la gravedad de los delitos cometidos.*

Una primera manifestación de este principio en la modificación prevista en el art. 50.2 la impone el propio precepto: el internamiento en centro semiabierto no podrá superar el tiempo que reste para su cumplimiento.

La Recomendación Rec (2008)11 dispone en este mismo sentido en el punto D.2.48.4 que en los supuestos en los que se esté valorando la revocación o modificación de una medida o sanción comunitaria, *deberá tenerse en cuenta la parte de la medida que ha cumplido el menor, a fin de asegurar que la nueva medida o sanción siga siendo proporcionada a la infracción penal cometida.*

Ello supone que una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo cumplido de libertad vigilada. Cabe plantearse igualmente la cuestión relativa a cuál es la fecha de la que debe partirse para determinar “el tiempo que reste para su cumplimiento”, al que se refiere el art. 50.2 LORPM. En muchos supuestos estará claramente determinada la fecha en la que el menor acudió por última vez a una entrevista concertada o dejó definitivamente de asistir a cualquier diligencia judicial, o de cumplir las obligaciones impuestas. Se tomará esa fecha como inicial para calcular el tiempo que resta de cumplimiento. Sin embargo en los casos de cumplimiento intermitente y actitud refractaria del menor, la fijación de una fecha concreta y cierta como inicio del incumplimiento definitivo puede ser más problemática. En tales ocasiones, la seguridad jurídica aconseja utilizar otros criterios en los que la certeza salga reforzada. Dada la excepcionalidad de este mecanismo parece más adecuado partir de la misma fecha del auto de sustitución.

En todo caso el art. 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Partiendo de la máxima *a maiori ad minus*, cabe imponer una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

También debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, un eventual pronunciamiento absolutorio en relación con el quebrantamiento de condena o la evolución favorable del menor hagan procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

El principio de proporcionalidad sugiere otra importante consecuencia:

Durante la tramitación de la reforma de 2006, se trató de modificar la redacción del art. 50.2. La enmienda nº 64 propuso reformar el art. 50.2 para que la libertad vigilada solo pudiera ser sustituida por internamiento en régimen semiabierto, cuando a los hechos fuere aplicable la medida de internamiento y por el tiempo proporcional a la medida sustituida. Como justificación se entendía que “...sería recomendable poner límites al artículo 50.2º para que no se pueda calificar como una *reformatio in peius* sin nuevo juicio o como una quiebra del principio de proporcionalidad, por imponerse una medida privativa de libertad por un delito de quebrantamiento, que no está castigado con pena de prisión en el Código Penal”.

El hecho de que no se haya acogido tal enmienda no puede interpretarse en el sentido de que la modificación *in peius* no está limitada por la entidad de los hechos cometidos. Sin perjuicio de que la aprobación de la misma hubiera aportado claridad y despejado dudas, lo cierto es que a través de una interpretación sistemática y teleológica de la LORPM puede llegarse a idénticos resultados.

Así, en el nuevo supuesto de modificación agravatoria introducido por la reforma 8/2006 el inciso segundo del apartado segundo del art. 51 LORPM subordina tal modificación al respeto en todo caso de los límites de las reglas de determinación de las medidas. Si el hecho originariamente cometido no justificaba el internamiento en régimen cerrado, tampoco lo justificarán unos hechos nuevos (evolución desfavorable) que ni siquiera son típicos penalmente.

En el supuesto regulado en el art. 50.2 LORPM nada se dice acerca de si para poder operar con la modificación *in peius* los hechos inicialmente cometidos deben ser susceptibles de motivar una medida privativa de libertad.

Podría argüirse que ese silencio, unido al hecho de que el art. 50.2 no sólo exige evolución desfavorable sino quebrantamiento de la medida, debe llevar a la conclusión de que aunque el delito primeramente cometido no llevara aparejada pena privativa de libertad en el Código Penal cabría imponer la medida sustitutiva de internamiento.

Pero esta argumentación es rechazable.

En primer lugar, el nuevo delito cometido (quebrantamiento) va a dar lugar a un nuevo expediente, por lo que del mismo no pueden extraerse otras consecuencias punitivas agravatorias distintas de las expresamente previstas, conforme a la recta aplicación del principio *non bis in idem*.

En segundo lugar, el contenido del art. 100.2 del CP, de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final Primera de la LORPM, proporciona una pauta clara para determinación de la proporcionalidad en la excepcional decisión de sustitución. Este precepto, al prever la posibilidad de sustituir en casos de quebrantamiento cualquier medida de seguridad distinta de la de internamiento por una medida de internamiento, exige como condiciones que *ésta estuviere prevista para el supuesto de que se trate y que el quebrantamiento demostrase su necesidad*". Se soslaya así una posible quiebra del principio de legalidad impidiéndose la imposición vía sustitución de medidas no previa y legalmente previstas para el supuesto de que se trate.

En tercer lugar, el párrafo 2º del art. 8 LORPM incorpora una de las reglas de determinación de la medida mas importantes de todo el texto legal, que no fue modificada por la reforma de 2006 y que dispone 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 le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable conforme al Código Penal.

Lógicamente, 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 restricción afecta a las medidas privativas de libertad, no a las restantes. Parece claro que en la *ratio legis* parte de que las medidas no privativas de libertad, básicamente cimentadas sobre sus contenidos educativos, no son homologables a las penas previstas en el CP.

Esta previsión expresa no se contenía en el sistema de justicia juvenil anterior a la LORPM, si bien la jurisprudencia constitucional, por vía interpretativa, llegó a idénticas conclusiones. La STC nº 36/1991, de 14 de febrero ya se pronunció sobre "la imposibilidad de establecer medidas mas graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratare". La STC nº 61/98 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, no dando validez a la fundamentación del Juzgado de Menores que basaba la medida en que "las necesidades del menor superan con mucho a la entidad del hecho que se enjuicia". Según el TC, "debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el CP".

El respeto al principio de proporcionalidad en la imposición de medidas privativas de libertad actúa como contrapeso a la gran discrecionalidad que ha

de otorgarse al Juez de Menores para poder adaptar la medida a imponer a las circunstancias del menor.

Para determinar el máximo de medida privativa de libertad imponible a un menor, la regla del párrafo 2º del art. 8 LORPM impone que se calcule como paso previo la pena que correspondería si el enjuiciamiento se refiere a un adulto, teniéndose en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso en concreto. Por ello, para determinar el *quantum* imponible en medidas de internamiento, debe seguirse un proceso que en una primera fase pasa por analizar si el delito cometido lleva aparejada pena privativa de libertad (*conditio sine qua non*); en caso afirmativo, deberá determinarse cuál hubiera sido la pena privativa de libertad máxima imponible si el infractor hubiera sido mayor de edad penal, teniendo en cuenta las concretas circunstancias concurrentes (participación, *iter criminis*, modificativas de la responsabilidad, causas de justificación, inculpabilidad o inimputabilidad incompletas) y una vez determinado ese límite máximo (que en ningún caso podrá superarse), evaluar la medida a imponer al menor. Fijado el tope máximo, y con respeto al mismo, la flexibilidad -con los límites derivados de los períodos de seguridad establecidos en el art. 10 LORPM- adquiere nuevamente todo el protagonismo.

Por tanto, si la pena prevista para los adultos no es privativa de libertad no puede imponerse la medida de internamiento ni siquiera en su modalidad de semiabierto.

Tampoco puede tampoco legitimarse la imposición de una medida privativa de libertad a un menor en base a la potencial responsabilidad personal subsidiaria imponible a un adulto conforme al Código Penal. En este sentido se pronuncia la SAP Las Palmas secc. 1ª nº 109/2005, de 29 abril" no estando penado o sancionado el delito de robo o hurto de vehículos de motor con pena privativa de libertad conforme al artículo 35 del Código Penal, es evidente que

la medida impuesta de internamiento en un centro semiabierto es un pena privativa de libertad que por tanto supone una mayor aflicción que la pena prevista en el texto legal actual para un mayor de dieciocho años, multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En efecto, no es válido el argumento de que el impago de la multa genera la responsabilidad personal subsidiaria, porque lo que ha de tenerse presente es la pena principal”.

En esta misma línea, para la SAP Tarragona, secc. 2ª, nº 921/2004, de 29 de septiembre, “la comparación ha de establecerse entre consecuencias jurídicas principales. Concretamente, la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal es ajena a cualquier tipicidad y, por tanto, a todo juicio de proporcionalidad. Carece igual que la multa de correspondencia en el Derecho penal de menores, al basarse en presupuestos extraños a las necesidades de estos y a la finalidad educativa de las medidas previstas en la LORPM. El sobreseimiento de la responsabilidad pecuniaria lleva en el Código Penal a la privación de libertad, pero no es una consecuencia independiente de la multa, de modo que ausente ésta del art. 9 LORPM no puede aquélla cobrar vida, por generación espontánea y en términos comparativos, para llegar a la conclusión de que la pena de multa, en el fondo, es de naturaleza privativa de libertad, como si la excepción fuera la regla general, y que las infracciones castigadas con multa lo están en realidad con penas privativas de libertad. Todo ello, para agravar la situación del menor de edad, en relación con los mayores, puesto que obviamente aquél no podrá eximirse del arresto pagando la multa”.

En el mismo sentido puede consultarse la SAP Madrid, secc. 4ª, nº 107/2003, de 4 de noviembre.

Respetando este principio básico de las reglas de determinación de las medidas en Derecho Penal Juvenil, debemos concluir, pues, que sólo cabrá



acudir al mecanismo sustitutivo del art. 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

Finalmente, cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el art. 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar entre la incoación de expediente por tal delito y el desistimiento en las Diligencias Preliminares.

En el primer caso, en armonía con el control de la ejecución de la medida sustitutiva que incumbe al Fiscal, se extremará la aplicación del principio de celeridad propio de la Justicia Juvenil con miras a que el menor que ya ha recibido una respuesta al incumplimiento a través de la sustitución, obtenga cuanto antes el tratamiento armónico y unitario que por el mismo hecho pudiera proceder.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito menos grave en el que no concurre violencia o intimidación en las personas y que ordinariamente los hechos anteriormente cometidos no serán de la misma naturaleza, lo más aconsejable será el desistimiento por cumplirse las exigencias impuestas en el art. 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal particularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución.

A mayor abundamiento, debe valorarse que a la vista de la pena prevista por el Código Penal para el quebrantamiento (art. 468.1 inciso segundo), solo

cabrá imponer por el mismo una medida no privativa de libertad, medida que fracasó con anterioridad y que precisamente motivó la sustitución.

## **7.- Conclusiones**

1º Tras el ATC nº 33/2009, de 27 de enero quedan definitivamente despejadas las dudas en cuanto a la constitucionalidad de la previsión del inciso segundo del art. 50.2 LORPM.

2º Continúa abierta la posibilidad sugerida por la Instrucción 1/1993, de 16 de marzo conforme a la que si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación.

3º En el incidente de modificación previsto en el art. 50.2 LORPM debe darse audiencia al menor, conforme al art. 9.1 LOPJM.

4º Debe reconocerse a la acusación particular el derecho a intervenir en el incidente y hacer las alegaciones que estime oportunas (art. 25 letra g LORPM)

5º Debe negarse legitimación a la acusación particular para interesar por sí la sustitución de la medida no privativa de libertad por el internamiento. Si no existe propuesta del Fiscal, el incidente no puede iniciarse.

6º La petición del Fiscal y la resolución judicial que acuerde la sustitución deben estar suficientemente motivadas, más si cabe teniendo en cuenta el régimen de excepcionalidad por el que se rige.

7º La constatación del quebrantamiento debe producirse en el seno del propio incidente de modificación. Desde luego no será necesario esperar a que se declare probado en sentencia firme, pues ello llevaría a la frustración del fin socializador y educador que debe presidir la adopción de esta nueva medida.

8º Para que la falta de presentación a las entrevistas o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida pueda justificar la aplicación de la sustitución prevista en el art. 50.2 LORPM es necesario que se constatare la voluntariedad y continuidad.

9º Una vez firme la decisión sustitutiva, habrá de practicarse nueva liquidación, descontando del total de la medida impuesta el tiempo ya cumplido de libertad vigilada.

10º En cuanto a la fecha de la que debe partirse para determinar “el tiempo que reste para su cumplimiento”, habrá de computarse a partir de la misma fecha en que conste claramente el incumplimiento definitivo de la medida impuesta por parte del menor. Cuando no pueda fijarse inequívocamente una fecha cierta de incumplimiento definitivo, se partirá de aquella en que se dice el auto de sustitución.

11º El art. 50.2 impone un límite máximo, pero no obliga a agotar el total del tiempo restante para la finalización de la medida no privativa de libertad. Cabe imponer y puede ser aconsejable en algunos casos, una medida de internamiento en centro de régimen semiabierto por un tiempo inferior al que reste para cumplir la libertad vigilada.

12º Debe admitirse la posibilidad de que tras la modificación agravatoria, una eventual absolución de la imputación de quebrantamiento o la evolución

favorable del menor haga procedente un nuevo progreso a la libertad vigilada o a otras medidas de menor gravedad o incluso a la cancelación anticipada.

13º Sólo cabrá acudir al mecanismo sustitutivo del art. 50.2 LORPM cuando el delito por el que se impuso la medida no privativa de libertad hubiera podido ser sancionado con medida privativa de libertad, por estar prevista en el Código Penal pena de la misma naturaleza.

14º Cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el art. 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar por el desistimiento.

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

Madrid, 27 de abril de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES JEFES.**

## CIRCULAR 2/2009

### **SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO *REGULARIZAR* EN LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS PREVISTAS EN LOS APARTADOS 4 DEL ART. 305 Y 3 DEL ART. 307 DEL CÓDIGO PENAL**

1. Planteamiento de la cuestión. 2. El término *regularizar* en el Derecho Administrativo, específicamente en el Derecho Tributario y la normativa propia de la Seguridad Social: a) La derogada Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria. b) La vigente Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria. c) La legislación de referencia en materia de prestaciones a la Seguridad Social. 3. Interpretación del término en el ámbito del Derecho Penal y doctrina jurisprudencial consolidada. 4. Conclusiones.

#### **1. Planteamiento de la cuestión.**

Como presupuesto de partida y a fin de obviar discusiones doctrinales oportunamente resueltas por la *Consulta de la Fiscalía General del Estado número 4/1997 de 19 de febrero sobre la extensión a terceros partícipes de los efectos de la regularización fiscal*, la presente Circular parte de entender, como ya se exponía en aquel momento, que las previsiones a que se refieren los párrafos cuarto del art. 305 y tercero del art. 307 del Código Penal, constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la *regularización* no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo.

Se introducen las excusas absolutorias por *regularización* en el ordenamiento jurídico español por medio de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, en la que, anticipándose en unos meses a la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal, se abordaba la modificación de determinados preceptos del Código relativos a los Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social. Su concreta regulación fue incluida en aquel momento en los derogados artículos 349.3 y 349 bis) 3 del Código Penal de 1973, de los que los preceptos de los apartados 4 del art. 305 y 3 del art. 307 -con alguna pequeña diferencia entre ellos- son una transcripción casi literal.

Así, el art. 305.4 establece que: *“Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.*

*Mutatis mutandi*, el art. 307.3 del Código Penal incorpora la excusa absolutoria en el delito de defraudación a la Seguridad Social con el mismo fundamento, naturaleza jurídica y posición sistemática en la teoría del hecho punible que la anterior, prevista para el delito fiscal.

Pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de los tipos penales a que nos hemos referido y a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo al respecto, persiste a día de hoy el debate planteado en relación con la interpretación que haya de darse a la expresión *regularizar la situación en relación con las deudas*, utilizada en los dos preceptos del Código Penal, controversia que se ha logrado reavivar por algún sector de la doctrina a partir de la entrada en vigor -el día 1 de julio de 2004- de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante LGT), de cuyo articulado se quiere extraer una definición legal de la *regularización* que contradice la exégesis efectuada por el Tribunal Supremo en las sentencias a que nos referiremos más adelante.

El origen de la cuestión está en la utilización por parte del legislador penal de un término *-regularización-* de uso relativamente frecuente en el Derecho Administrativo y más específicamente en la norma tributaria, en referencia al único requisito positivo exigible para la obtención del *levantamiento de la pena* conforme a los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, y en el entendimiento -defendido por un sector de la doctrina- de que la regularización constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal unívoco equivalente al simple afloramiento espontáneo y extemporáneo de bases tributarias ocultas, significado que se dice extraído particularmente de la normativa fiscal (*concepción lata del término regularización*).

Frente a ésta primera opción, una segunda corriente interpretativa pone el acento en la exégesis penal del término a partir de su definición en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (en su 22ª edición), en el valor semántico que del mismo se infiere a partir del examen completo y sistemático de toda la normativa administrativa de referencia -tributaria y de la Seguridad Social- y en el fundamento jurídico penal e identidad teleológica de la propia excusa absolutoria, de donde se concluye que la *deuda contributiva*

*regularizada* exige, en sede de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, además de su correcta declaración o autoliquidación, su ingreso. La doctrina consolidada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en ésta materia se inclina por ésta segunda línea interpretativa (*concepción estricta de la regularización*).

En la práctica, la interpretación del término ha dado lugar a una cierta falta de uniformidad en el criterio seguido por las administraciones implicadas en cuanto a la aplicación de los arts. 180 de la LGT, 3.2 *del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto* y 5 *del Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo* -relativos a la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal cuando la Administración estime que la infracción detectada pudiera ser constitutiva de delito-, además de propiciar resoluciones judiciales de sentido divergente: así y en un primer momento, el Tribunal Supremo en Auto de la Sala de lo Penal de fecha 19 de julio de 1997 y Sentencia de 28 de octubre de 1997 (*Caso Filesa*), acogía la tesis de exigir para la apreciación de la excusa absolutoria únicamente la revelación espontánea a la Administración de la auténtica situación tributaria del contribuyente, criterio sostenido a su vez por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 12 de mayo de 1998, por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 4 de septiembre de 1998 y por la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 30 de junio de 2001.

En otro sentido y a favor de considerar que la satisfacción de la deuda es condición indispensable de la impunidad, se pronuncia el Tribunal Supremo en diversas sentencias de fecha posterior a las aludidas con anterioridad -a cuyo contenido nos referiremos cumplidamente en el apartado tercero de este documento- y las Sentencias de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de noviembre de 1999, además de las resoluciones



posteriores a la entrada en vigor de la Ley General Tributaria 58/2003, entre las que se encuentran las Sentencias de la Sección 23ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 27 de enero de 2005, de la Sección 1ª de 7 de junio de 2005, Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de febrero de 2006 y Sentencia del Tribunal Supremo nº 192 de 1 de febrero de 2006.

Resulta por tanto del mayor interés el establecimiento de criterios interpretativos que garanticen la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en relación con esta cuestión, a fin de evitar, en la medida de lo posible, la inseguridad jurídica que genera el tratamiento desigual -en sede administrativa y jurisdiccional- de situaciones que en la práctica pueden ser prácticamente idénticas.

## **2. El término *regularizar* en el derecho administrativo, específicamente en el derecho tributario y la normativa propia de la Seguridad Social:**

Razones de coherencia y sistemática interna exigirían -si se quiere defender la tesis de que el término *regularizar* constituye un elemento normativo del tipo penal que remite a un concepto legal único-, que fuera viable contar con una definición de la expresión extraída de la normativa administrativa general, o bien -y más específicamente- del ordenamiento jurídico tributario cuando haya de integrar la previsión del párrafo 4 del art. 305 y de la normativa propia de la Seguridad Social cuando aparece en el párrafo 3 del art. 307 del Código Penal. Por otra parte, para dar una respuesta integral al problema hermenéutico planteado, habrá que hacer frente al escollo -eludido por buena parte de la doctrina tributarista- consecuencia de dotar al término *regularización* de un significado que se dice propio de la norma tributaria, cuando el objetivo sea interpretarlo en sede del párrafo 3 del art. 307 del Código Penal (delito contra la Seguridad Social).

Del estudio de la legislación extrapenal de referencia se obtiene la conclusión de que las normas tributarias y de la Seguridad Social no ofrecen una previsión única y uniforme respecto del cumplimiento extemporáneo y voluntario de las obligaciones contributivas, ni tampoco una noción legal de lo que deba entenderse por *regularización*, tratándose éste último de un término de uso corriente *como acción y efecto de regularizar o poner en orden*, relacionado con situaciones de hecho muy diversas dentro del ámbito tributario y fuera de él, en la normativa propia de la Seguridad Social, la práctica contable, el derecho urbanístico o la legislación sobre extranjería, por poner solo algunos ejemplos.

**A) La derogada Ley 230/1963 de 28 de diciembre, General Tributaria.**

Cierto es que en su Exposición de Motivos, la Ley Orgánica 6/1995 de Reforma del Código Penal -que, como adelantamos, introdujo en el Código las excusas absolutorias a que se refiere esta Circular- hacía alusión a lo siguiente: *“Resulta absolutamente necesario determinar la relación existente entre la regularización tributaria, autorizada expresamente por el art. 61.2 de la LGT y el delito fiscal, lo que conlleva la ausencia de responsabilidad penal para estas conductas siempre que se realicen de manera espontánea, extendiéndose dicha exención a las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en que el sujeto hubiese podido incurrir en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Esta regulación tiene por objeto salvaguardar el cumplimiento voluntario de sus obligaciones por los contribuyentes. Asimismo, dicha regulación se hace también necesaria para integrar, de forma plena, las regularizaciones autorizadas por la Ley 18/1991 de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el conjunto del ordenamiento jurídico”*. Partiendo de éstas menciones de marcado carácter coyuntural, resulta ineludible indagar acerca de cuál era en aquel momento el

sentido de la expresión *regularización* en el ámbito de las relaciones jurídico tributarias.

La Disposición Adicional 14<sup>a</sup> de la [Ley 18/1991, de 6 de junio del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas](#), constaba de dos apartados, en el primero de ellos se establecía: *“Hasta el 31 de diciembre de 1991 podrán realizarse, siempre que no medie requerimiento o actuación administrativa o judicial en relación con las deudas tributarias de los sujetos pasivos, declaraciones complementarias e ingresos por cualquier concepto tributario devengado con anterioridad a 1 de enero de 1990, con exclusión de las sanciones e intereses de demora que pudieran ser exigibles”*, de modo que se determinaba el alcance que había que atribuir a la *regularización de determinadas situaciones tributarias*, suponiendo un canon que excedía en su aplicación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por cuanto adquiría una incuestionable proyección general al disponer el siguiente apartado la nueva redacción del número 2 del art. 61 de la LGT, cuyas líneas básicas permanecieron en el derogado art. 61.3 de la LGT, según redacción posterior que le fue dada por Ley 25/1995, de 20 de julio.

Así, el apartado segundo de la Disposición Adicional 14<sup>a</sup> a que nos referimos daba nueva redacción al art. 61.2 de la LGT, con el siguiente tenor literal: *“Los ingresos correspondientes a declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo único del 50 por 100, con exclusión del interés de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. No obstante, el recargo será del 10 por 100 si el ingreso se efectúa dentro de los tres meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de las declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas, sin solicitar expresamente el aplazamiento o fraccionamiento de pago, se les exigirá en vía de apremio un recargo único del 100 por 100”*, redacción por medio de la cual se generalizaba

la posibilidad prevista con carácter temporal en el primer apartado, estableciéndose un recargo variable en función del tiempo transcurrido hasta la presentación de la declaración.

De la lectura completa de la Disposición Adicional 14ª y del propio art. 61 de la LGT, se desprende que la *regularización de la situación tributaria* se refería no solo a la presentación de declaraciones complementarias de rectificación en ausencia de requerimiento previo, sino también al ingreso de la deuda, resultando altamente cuestionable que de la decisión del legislador de prever recargos por el retraso y no sanciones, se pudiera llegar a concluir que la sola presentación de la declaración supusiera la ordenación de la situación tributaria.

Con distinta trascendencia, la Disposición Adicional 13ª de la misma Ley 18/1991 denominada "*Canje de activos financieros*", preveía un régimen fiscal privilegiado y de carácter extraordinario por el que se eximía de responsabilidad -en relación con las deudas tributarias derivadas de dichas rentas o patrimonios- a quienes suscribieran Deuda Pública Especial, siempre que se aplicara a la reducción de rentas o patrimonios netos no declarados, régimen también considerado de *regularización fiscal* pero de sentido obviamente diverso al previsto en la Disposición Adicional 14ª, ya que no estaba condicionado al requisito de su espontaneidad, extendiéndose incluso a supuestos en los que el sujeto estaba ya sometido a actuaciones inspectoras.

La Ley Orgánica 6/1995 de reforma del Código Penal, en su Disposición Adicional Primera hace una primera referencia al problema planteado con *la regularización tributaria autorizada por la Ley 18/1991 de 6 de junio*, utilizando la expresión *regularización* con carácter general y en la propia rúbrica, para a continuación distinguir, de un lado, el supuesto previsto en la Disposición Adicional 14ª de la Ley 18/1991 y de otro el de la Disposición Adicional 13ª, cuya eficacia en el ámbito penal necesitó de otra referencia exoneradora

expresa y diferenciada de la anterior como consecuencia de su propia singularidad.

### **B) La vigente Ley 58/2003 de 17 de diciembre, General Tributaria.**

La Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria vino a sustituir, con efectos a partir del 1 de julio de 2004, a la Ley 230/1963 de 28 de diciembre General Tributaria a la que nos hemos referido en el anterior epígrafe. Su entrada en vigor no motivó más reforma en materia penal que la derivada de lo dispuesto en su Disposición Adicional 10ª en relación con la exacción de la responsabilidad civil en los Delitos contra la Hacienda Pública. No hay en el texto de la nueva Ley un *Título, Capítulo o precepto* bajo la denominación “*De la regularización tributaria*” o similar. Sin embargo, se generaliza el uso del término *regularizar* a lo largo del articulado de la Ley, apareciendo con cierta profusión y en referencia a situaciones tributarias muy diversas, susceptibles de ser *ordenadas, reguladas o regularizadas* espontáneamente o con posterioridad al requerimiento de la administración, desde los más variopintos presupuestos de desajuste.

El art. 101 de la vigente LGT introduce -de forma novedosa- el concepto de liquidación en los siguientes términos “*acto resolutorio mediante el cual el órgano competente de la Administración realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad, que en su caso, resulta a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria*”. Así pues, la liquidación constituye un acto administrativo resolutorio por el cual se determina la existencia de una deuda tributaria, identificando su cuantía y al sujeto pasivo. Por medio de la liquidación la deuda tributaria consecuencia de la realización del hecho imponible se convierte en exigible en aquellos tributos que han de ser declarados por el contribuyente y ulteriormente liquidados por la Administración. En el artículo 119.1 de la LGT se define la declaración tributaria como todo documento presentado ante la

Administración tributaria donde se reconozca o manifieste la realización de cualquier hecho relevante para la aplicación de los tributos.

No obstante, este esquema ha sido profundamente alterado con la masificación de las autoliquidaciones en nuestro sistema tributario. La LGT, respondiendo a una demanda reiterada de la doctrina, regula las autoliquidaciones por vez primera en el art. 120.1 a las que define como las *“declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por si mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria, o en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar”*.

La autoliquidación presupone no solo la realización de los necesarios cálculos aritméticos para el cómputo de la cuota sino también la interpretación y aplicación por el particular de la norma tributaria. Así pues, en el caso de las autoliquidaciones, la exigibilidad de la deuda tiene lugar de forma automática, por mandato de la ley y en el plazo establecido por la norma de cada tributo, sin necesidad de requerimiento alguno por parte de la Administración. Una consecuencia lógica de lo anterior lo constituye el hecho de que, mientras las declaraciones tributarias se presentan en dependencias de la Administración Tributaria, las autoliquidaciones se pueden presentar en las entidades colaboradoras con la recaudación.

En cuanto al ámbito de aplicación de las autoliquidaciones en el sistema tributario estatal, únicamente se excluyen en los Impuestos de Aduanas, aplicándose en el resto de forma obligatoria y en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones de forma facultativa (artículos 31 de la LISD y 64 del RISD). El artículo 122 de la LGT prevé la posibilidad de que el obligado tributario presente autoliquidación complementaria dentro del plazo de presentación o

fuera del mismo -en éste último supuesto, denominada extemporánea-, siempre que no haya prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda.

El 179.3 de la LGT -cuyo tenor literal y contenido no resulta coincidente con los derogados arts. 61.2 y posterior 61.3 de la Ley General Tributaria de 1963- dice: *“Los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta, no incurrirán en responsabilidad por las infracciones cometidas con ocasión de la presentación de aquellas. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el art. 27 de ésta ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes”*.

Teniendo presente lo anterior, el art. 27 de la LGT titulado genéricamente *“Recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo”*, establece:

*1. Los recargos por declaración extemporánea son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración Tributaria.*

*A los efectos de este artículo, se considera requerimiento previo cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria.*

*2. Si la presentación de la autoliquidación o declaración se efectúa dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación e ingreso, el recargo será del cinco, 10 ó 15 por 100*

*respectivamente. Dicho recargo se calculará sobre el importe a ingresar resultante de las autoliquidaciones o sobre el importe de la liquidación derivado de las declaraciones extemporáneas y excluirá las sanciones que hubieran podido exigirse y los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración.*

*(...)*

*3. Cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de la presentación de la autoliquidación extemporánea, la liquidación administrativa que proceda por recargos e intereses de demora derivada de la presentación extemporánea según lo dispuesto en el apartado anterior, no impedirá la exigencia de los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación.*

De la interpretación conjunta de los arts. 27 y 122 de la LGT, -referido éste último a las declaraciones y autoliquidaciones complementarias que el obligado tributario puede formular para completar o modificar otras anteriores, a resultas de las cuales haya realizado un ingreso inferior al que correspondía, solicitado una devolución o acreditado una cantidad a devolver o a compensar superior a la procedente- se desprende la posibilidad de presentar declaraciones y autoliquidaciones complementarias fuera de plazo y espontáneas, es decir, anteriores al requerimiento de la administración. Resulta significativo que en el nº 3 del art. 27 se haga una previsión específica de las consecuencias del supuesto llamémosle *especial o particular* de que las autoliquidaciones no vayan acompañadas del correspondiente ingreso, solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación, como es preceptivo conforme a las previsiones del art. 120 de la LGT.

Por razones de estricta política fiscal y de optimización de los recursos limitados de la administración tributaria, el legislador establece en el art. 27 de



la LGT, el devengo de una serie de recargos variables en caso de presentación de declaraciones o autoliquidaciones extemporáneas que -según expresa el propio texto legal y ya había anticipado la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 164/1995 de 13 de noviembre-, son prestaciones accesorias que tienen un cometido resarcitorio del retraso, sin finalidad represiva y por tanto, sin naturaleza de sanción.

Así, en el art. 191.1 de la LGT se establece que *constituye infracción tributaria dejar de ingresar dentro del plazo establecido en la normativa de cada tributo la totalidad o parte de la deuda tributaria que debiera resultar de la correcta autoliquidación del tributo, salvo que se regularice con arreglo al art. 27 o proceda la aplicación del párrafo b) del apartado 1 del artículo 161 de la Ley*, precepto éste último en el que se establece que el periodo ejecutivo se inicia *“b) en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si este ya hubiera concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación”*, determinando el art. 27.3 la compatibilidad de los *recargos e intereses de demora derivados de la presentación extemporánea, con los recargos e intereses del periodo ejecutivo que correspondan sobre el importe de la autoliquidación*, estando -por tanto- excluida la sanción aun en ausencia del ingreso.

Sin embargo, el apartado 6 del propio artículo 191 añade: *“No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo”*, de modo que en todo caso constituye infracción leve -destinataria de sanción- la falta de

ingreso en el supuesto de presentación de autoliquidaciones extemporáneas sin requerimiento previo que no cumplan las exigencias formales del art. 27.4 de la LGT en cuanto a “...*identificar expresamente el periodo impositivo de liquidación al que se refieren y contener únicamente los datos relativos a dicho periodo*”.

Resulta obvio que las disposiciones exoneradoras y/o atenuantes de la responsabilidad administrativa y las excusas absolutorias en el Derecho Penal responden a fines no coincidentes, derivados principalmente de la distinta antijuridicidad material o entidad de la lesión al bien jurídico propio de unas y otras infracciones. El legislador tributario se ocupa así de definir los casos en los que el reconocimiento e ingreso voluntario y tardío de la deuda está exentos de sanción *en sede administrativa*, modulando las consecuencias de las infracciones tributarias en atención a variables tales como el cumplimiento o incumplimiento de determinadas formalidades (artículo 27.4 de la LGT).

Por otra parte, en los supuestos de deudas tributarias respecto de las cuales se hubiera iniciado un procedimiento inspector indebidamente interrumpido o *excedido* en su duración, se reconoce *eficacia regularizadora* a determinados ingresos en la letra b) del apartado 2 del art. 150 de la LGT cuando dice: “*La interrupción injustificada del procedimiento inspector por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinará la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirá los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:*

a) (...)

b) *Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado*

*tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del art. 27 de esta ley.*

*Tendrán, asimismo, el carácter de espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la primera actuación practicada con posterioridad al incumplimiento del plazo de duración del procedimiento previsto en el apartado 1 de este artículo y que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras”.*

Este último supuesto que podríamos denominar de *espontaneidad sobrevinida de los ingresos* previsto en el art. 150 de la LGT, resulta de imposible *traslación* al ámbito de la excusa absolutoria del párrafo 4 del art. 305 del Código Penal, donde la posibilidad de *regularización voluntaria de la situación tributaria en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero* se bloquea por causas objetivas incompatibles con la presunción del art. 150, dado que la regularización debe producirse “*antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias”.*

Tampoco existe coincidencia entre las previsiones del artículo 305.4 del Código Penal respecto a las actuaciones administrativas que impiden la eficacia exoneradora de la regularización en el ámbito penal -que son únicamente las *actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización-* y las mucho más amplias causas de bloqueo previstas en el art. 27. 1 de LGT cuando atribuye esos

mismos efectos a *cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria*, de modo que en la normativa tributaria, la posibilidad de regularizar de forma espontánea finaliza tanto cuando se tenga conocimiento de actuaciones llevadas a cabo en vía de inspección como con los requerimientos realizados en el ámbito del procedimiento de gestión tributaria, cualquiera que sea su objeto.

Así, en la excusa absolutoria del art. 305.4 del Código Penal, las actuaciones administrativas que impiden su aplicación serán exclusivamente las referidas a las funciones de comprobación e investigación atribuidas a la Administración Tributaria y a las que se refiere el art. 115.1 de la LGT: “*La Administración tributaria podrá comprobar e investigar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones, valores y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria para verificar el correcto cumplimiento de las normas aplicables al efecto*”. Estas funciones se encuentran normalmente atribuidas a la Inspección de los Tributos aunque también la LGT y el RD 1065/2007, de 27 de julio por el que se aprueba el *Reglamento General de las Actuaciones y Procedimientos de Gestión e Inspección Tributaria*, encomiendan a los órganos gestores determinadas actuaciones de comprobación como las de *verificación de datos*, de *comprobación limitada* y de *comprobación de valores*. En consecuencia, la notificación del inicio de estos procedimientos de verificación, comprobación limitada e inspección, como manifestaciones del ejercicio de las facultades de comprobación e investigación de la Administración, ponen fin a la operatividad de la regularización en el derecho penal.

De lo dicho hasta ahora se concluye, de un lado, que las previsiones de la vigente LGT sobre cumplimiento *extemporáneo y voluntario* de las deudas tributarias, por su heterogeneidad, particularidades y designio específico dentro

de la esfera de la política fiscal, no son trasladables al ámbito de la excusa absolutoria estudiada en ausencia de una previsión legal expresa en ese sentido, y de otro, que el uso de las expresiones *regularizar*, *regularización*, *regularizado*, a lo largo de todo el texto de dicha Ley, apela a su valor semántico en relación con el contexto en el que aparecen y la concreta realidad a que se refieren, sin que constituyan conceptos legales o se remitan a una única y diferenciada institución jurídico tributaria.

En consecuencia, para resolver la cuestión interpretativa propuesta sin caer en una arbitraria configuración de la excusa absolutoria fruto de la selección interesada de *retales* de la normativa fiscal y penal, resultará necesario determinar qué conductas aparecen como exigibles para *poner en orden* la situación tributaria relacionada con las deudas que tienen origen en la previa defraudación consumada de una cuota tributaria de cuantía superior a los 120.000 euros.

### **C) La legislación administrativa en materia de prestaciones a la Seguridad Social.**

Como ya anticipamos, la doctrina defensora de la innecesariedad de que se lleve a efecto el ingreso para apreciar la excusa absolutoria prevista para el delito contra la Hacienda Pública del art. 305.4 del Código Penal, parte de identificar el concepto *regularización* tan solo con el supuesto de presentación de declaraciones o autoliquidaciones tributarias extemporáneas sin previo requerimiento, aun en el caso de que dichas declaraciones complementarias no vayan acompañadas, en su caso, del correspondiente ingreso. Con el anterior planteamiento, se deja sin resolver la ruptura que supone esa interpretación del término en sede del párrafo tercero del art. 307 del Código Penal, donde la liquidación y el ingreso extemporáneo de la deuda derivada de cuotas de la Seguridad Social previamente eludidas, llevan siempre aparejada sanción en sede administrativa.

En los arts. 22 y 23 del *Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, modificada por Ley 52/2003 de 10 de diciembre* se consideran infracciones graves o muy graves el incumplimiento de la obligación empresarial de realizar debidamente los actos de encuadramiento (afiliación) y la falta de ingreso de las cuotas recaudadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, siempre que no sean constitutivos de delito y proceda la remisión del tanto de culpa al órgano judicial competente o al Ministerio Fiscal en los términos a que se refiere el art. 3.2 del mismo texto.

El artículo 31 de la Ley General de la Seguridad Social (tanto en la redacción dada por *Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de mayo* como en la de la *Ley 52/2003 de 10 de diciembre de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*), establece que procede la formulación de actas de liquidación respecto de las deudas por cuotas originadas por *falta de afiliación o de alta de trabajadores en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en caso de diferencias de cotización por trabajadores dados de alta cuando las mismas no resulten directamente de los documentos de cotización, y si se produce derivación de responsabilidad de sujeto obligado al pago o la aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social.*

Las normas relativas al ingreso extemporáneo de esas deudas en el marco de las infracciones contra la Seguridad Social previstas en los arts. 31.4 Ley General de la Seguridad Social y 34.2 del *Reglamento General sobre Procedimiento de Imposición de Sanciones por Infracciones de Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social según Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo*, disponen la reducción en un 50% de la sanción en caso de procedimiento de expedición de actas de liquidación y sanción formalizadas en documento único en los que el sujeto acepta la liquidación realizada por la Administración e ingresa la deuda durante el mes

siguiente a aquel en el que se le notifica la resolución del expediente conjunto. El ingreso se produce con posterioridad a la perfección de la infracción y una vez que la Tesorería General de la Seguridad Social ha liquidado la deuda eludida, estableciéndose simplemente la reducción de la cuantía de la multa por la aceptación de la liquidación practicada y el pronto pago de la deuda. Así pues, la *ordenación* en sede administrativa de las deudas contributivas inicialmente eludidas en perjuicio de la Seguridad Social exige, por disposición normativa, de su efectiva satisfacción.

### **3. Interpretación del término en el ámbito del derecho penal y doctrina jurisprudencial.**

Los ordenamientos penal y administrativo -y más específicamente el tributario- constituyen grupos de normas de ámbitos y con finalidades distintas, de modo que los últimos se ven obligados a hacer frente a contingencias que tienen una incidencia menor sobre la política criminal. Si bien es cierto que la incorporación en 1995 del término *regularización* en nuestro Código Penal estuvo en alguna medida condicionado por la necesidad de armonizar el reproche penal con determinadas decisiones propias de la política fiscal del momento, la fundamentación de las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal no es meramente fiscal, por lo que la interpretación de la expresión no debe quedar condicionada por aquellas concretas circunstancias hasta el punto de hacer inviable un entendimiento de los preceptos a la luz de la teleología y naturaleza jurídico penal de las dos excusas absolutorias. Otorgar la prioridad a ésta última opción evita la instrumentalización de la norma penal que supone ponerla al servicio exclusivo de los intereses de la política fiscal o recaudatoria, lo que no haría sino degradar su necesidad en un ámbito de la conducta en el que la presencia del derecho penal ya no se discute.

Resulta por lo demás innegable que el derecho penal puede optar y así lo hace -sin menoscabar por ello la unidad del ordenamiento jurídico- por castigar las conductas en atención a su particular gravedad o potencial lesivo para el bien jurídico objeto de protección; un buen ejemplo de ello lo constituyen los tipos penales de los arts. 305 y 307 que castigan la defraudación tan solo en el supuesto de que la cuota eludida supere los 120.000 euros. En consecuencia, la prolijidad casuística con que se regula el cumplimiento extemporáneo de las obligaciones contributivas en el ordenamiento jurídico administrativo -tributario y de la Seguridad Social- no puede resultar determinante para la exoneración de responsabilidad propiamente penal, dado que ésta última gravita principalmente en la ausencia de razones de prevención general y especial para castigar al defraudador, cuando, cumpliendo los requisitos legalmente previstos, realiza un comportamiento posterior ajustado a los fines perseguidos por el derecho penal y exponente de un auténtico retorno a la legalidad.

La doctrina que aboga por la innecesariedad del ingreso para la apreciación de la excusa absolutoria parte de una concepción fragmentada del ilícito penal que entiende que el injusto descrito en cada uno de los arts. 305 y 307 del Código Penal está constituido tan solo por el *engaño* de que se hace víctima a la Hacienda Pública o a la Tesorería General de la Seguridad Social, con el fin de eludir la obligación contributiva. Desde ese planteamiento y dado que lo que la norma penal castiga no es el impago de la cuota sino su defraudación, se quiere atribuir a la declaración veraz presentada fuera de plazo y sin ingreso el efecto exoneratorio a que nos referimos, obviando el importante matiz de que en éste último caso, en el momento de presentar la declaración extemporánea, ya se ha consumado una defraudación constitutiva de delito que ha generado un perjuicio patrimonial para la Hacienda Pública.

Frente al argumento anterior, conviene recordar que lo que el Código Penal prohíbe es la efectiva lesión al bien jurídico *patrimonio de la Hacienda*



*Pública o de la Seguridad Social*, lesión que se proyecta en una doble dimensión: de un lado, conlleva la falta de percepción de los ingresos debidos, y de otro, trae consigo la frustración de las expectativas financiero recaudatorias, de justicia redistributiva y de política económica que el tributo y la cuota de la Seguridad Social cumplen en el ordenamiento jurídico.

Así pues, los preceptos penales sometidos a estudio no tipifican simplemente la puesta en práctica de modos de agresión al patrimonio de la Hacienda Pública o la Seguridad Social particularmente peligrosos sino y sobre todo, la efectiva causación de un perjuicio patrimonial a través de tales modos de ataque. Desde esa perspectiva y una vez consumado el delito, la mera rectificación de los datos falseados o incorrectos no garantiza que el perjuicio patrimonial vaya a ser efectivamente reparado y no es suficiente para compensar el completo desvalor del hecho antijurídico, ya que el contenido del injusto de estas normas viene constituido tanto por el *engaño* como por la *lesión al patrimonio* de la Hacienda Pública o la Seguridad Social, que solo se remedia con el pago de la deuda. En ausencia de ingreso, tan solo la presentación de la declaración en forma tempestiva (dentro de plazo), completa y veraz impide la existencia del delito.

El deber de pago es un elemento consustancial a la noción de tributo y de contribución a la Seguridad Social. De acuerdo con los postulados programáticos del art. 31.1 Constitución Española, en el que se recoge el mandato de que *“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá carácter confiscatorio”* y el art. 41, donde se establece la *obligación de los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*, el art. 35.1 de la Ley General Tributaria de 1963 declaraba que *“La obligación principal de todo sujeto pasivo*

*consiste en el pago de la deuda tributaria”, el art. 19 de la vigente LGT establece que la obligación tributaria principal tiene por objeto el pago de la deuda tributaria y en similares términos se expresa el art. 19 de la LGSS. Desde esas previsiones constitucionales de igualdad y justicia, no puede ampararse una interpretación de la norma penal que anude las mismas consecuencias a la conducta del obligado que cumple en plazo con sus deberes contributivos y el sujeto que infringe la norma, como tampoco pueden recibir idéntico trato el deudor que declara la deuda inicialmente ocultada o declarada de forma mendaz y paga lo realmente adeudado, de aquél otro que se limita a rectificar sus datos en una declaración complementaria posterior. La declaración complementaria espontánea y extemporánea no puede por sí sola compensar la lesión al bien jurídico y el perjuicio patrimonial causado, resultando que rectificación y pago aparecen conectados de forma cronológico secuencial y son inseparables al efecto de provocar la liberación de la sanción penal prevista por el legislador para cada una de las dos infracciones penales a que nos referimos.*

Los preceptos de los párrafos 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal tienen la finalidad de promover la autodenuncia y el pago voluntario, y su previsión se inserta en las razones de utilidad, política criminal y prevención que subyacen a toda excusa absolutoria. Su configuración descansa sobre el pensamiento de la reparación, de modo que el perjuicio irrogado por el fraude adquiere así una presunción de provisionalidad, no es definitivo, de forma análoga a lo que ocurre en la excusa absolutoria del art. 16.2 del Código Penal en los supuestos de delito intentado -como construcción jurídica que guarda importantes similitudes con el apartado 4 del art. 305 y el apartado 3 del art. 307-, dónde es requisito imprescindible que *se evite voluntariamente la consumación del delito bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido por los actos ejecutados si estos fueran ya constitutivos de otro delito o falta.*

Como ya se dijo en la Consulta 4/1997 a la que hicimos referencia al inicio, con carácter general, la excusa absolutoria resulta de aplicación una vez consumado el delito, suponiendo la exoneración de una punibilidad ya surgida. Teniendo presente lo anterior, la pauta del artículo 16.2 del Código Penal -aun cuando se refiere a la tentativa de delito-, proporciona un poderoso criterio hermenéutico en relación con las concretas previsiones de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal por estar ubicada en la Parte General del Código Penal, dónde se contienen los principios informadores de la política criminal de todo el texto normativo. En ese sentido, constituiría una exégesis generadora de grave desigualdad valorativa aquella que exige al autor del delito intentado que impida eficazmente la producción del resultado para lograr la impunidad, mientras el responsable del delito fiscal consumado obtiene el mismo beneficio con la mera autodenuncia.

Similar fundamento subyace en las excusas absolutorias de los artículos 354.2 (relativo al delito de incendio de montes o masas forestales, donde se declara exento de pena a quien impide la propagación del incendio por su acción positiva y voluntaria), 462 (en relación con el delito de falso testimonio, donde la exención alcanza a quien se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de dictar sentencia) y 480.1 y 549 en relación con la revelación en los delitos de rebelión y sedición.

En coherencia con la naturaleza de este tipo de construcciones jurídicas, la rectificación exigible en la excusa absolutoria *por regularización* deberá constituir el envés del delito, anulando no solo el desvalor de acción (correcta declaración de la deuda) sino también el desvalor de resultado (ingreso de la deuda defraudada), de forma que tenga lugar un auténtico retorno a la legalidad al que el legislador quiere enlazar la notable consecuencia de renunciar a la imposición de la sanción penal respecto de una infracción previamente consumada, beneficiando a su vez al autor con la exención respecto de las otras infracciones penales instrumentales a que se refiere el

precepto (recuérdese la extensión de la excusa absolutoria a las *posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales en relación a la deuda tributaria objeto de regularización y cometidas con carácter previo a la regularización de la situación tributaria*). La admisión de la excusa por el mero hecho de confesar la deuda de manera extemporánea y espontánea podría tener efectos criminógenos y de búsqueda de la impunidad frente al delito fiscal. La excusa absolutoria y el consiguiente levantamiento de la sanción respecto de una infracción penal perfeccionada -típica, antijurídica y culpable-, exigen como contrapartida equiparable la efectiva cancelación de la deuda.

Por otra parte, desde el punto de vista de las exigencias de la prevención general, la necesidad del ingreso reafirma la validez intimidatoria de la norma, mientras que en la óptica de la prevención especial, la excusa absolutoria tan solo se debe garantizar al sujeto que disfrutando de los ilícitos beneficios fiscales consecuencia de su conducta inicial, voluntariamente normaliza su situación fiscal e ingresa lo eludido. El ordenamiento jurídico no puede otorgar la impunidad por el delito y al mismo tiempo amparar el consiguiente disfrute de las ventajas económicas derivadas de la infracción.

Tan solo en la modalidad delictiva de la *obtención indebida de devoluciones* a que se refieren los dos tipos penales objeto de estudio -y dado que el perjuicio patrimonial para el Erario Público o el patrimonio de la Seguridad Social no se produce hasta que se efectúa la devolución solicitada por el sujeto activo-, la simple autodenuncia realizada con anterioridad a materializarse dicha devolución y cumpliendo el resto de condiciones previstas por los párrafos 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal, supone el reverso de la conducta delictiva desplegada hasta ese momento, constituyendo presupuesto bastante para la aplicación de la excusa absolutoria.

Frente a quienes oponen que si de la declaración de la deuda no se deriva la exoneración de la pena, se habrá producido la confesión del culpable

con sus consiguientes consecuencias negativas (incoación del procedimiento penal) y sin contraprestación alguna para el imputado, habrá que recordar que la simple autodenuncia puede constituir el supuesto de hecho de la atenuante de confesión del art. 21.4ª del Código Penal, cuya finalidad última es fomentar la colaboración con la Administración de Justicia y facilitar la persecución del delito, resultando que la ley no anuda a la confesión el levantamiento de la pena, sino únicamente su atenuación.

Resulta gratuito y en alguna medida demagógico el argumento de que la exigencia del ingreso supone la “*resurrección*” de la prisión por deudas; quizá sea suficiente con recordar que la prisión en ningún caso sería consecuencia del impago de las deudas sino de la comisión efectiva de un delito de defraudación tributaria castigado con pena privativa de libertad, unida a una conducta postdelictiva del defraudador que no reúne los requisitos exigidos por la ley para el levantamiento de la pena.

En la misma línea, ante la tesis que apunta que ésta interpretación de la excusa absolutoria favorece a los defraudadores más solventes frente a los que no lo son, debe tenerse en cuenta que el límite cuantitativo de la tipicidad en los arts. 305 y 307 del Código Penal -que reservan el reproche punitivo para las defraudaciones de cuotas contributivas, tributarias o de la Seguridad Social, superiores a los 120.000 euros-, supone la previa existencia de bases imponibles o contributivas de importe muy elevado, realmente alejadas de una auténtica situación siquiera de dificultad económica, cuanto menos de insolvencia. Por otra parte, esa misma objeción sería predicable de la atenuante de reparación o disminución del daño del art. 21.5ª del Código Penal, resultando de interés a este respecto la doctrina del Tribunal Supremo expresada, entre otras, en Sentencia nº 842 de 31 de julio de 2006 cuando dice: “*La atenuante de reparación no tiene razón de ser en la disminución de la imputabilidad sino en el objetivo de política criminal consistente en la protección de la víctima*”, y nº 307 de 15 de febrero de 2007: “*La atenuante de reparación*

*del daño obedece a la política criminal consistente en la tutela de las víctimas, sin perjuicio de que pueda significar la rehabilitación del delincuente a través del regreso al orden jurídico, un actus contrarius; para lo que habrá de atenderse, en caso de reparación parcial, a su proporción con el daño causado y a las posibilidades del delincuente. Véanse las sentencias de 17.1.2005 y 24.4.2005".* El núcleo de la cuestión está pues, no tanto en la capacidad económica del sujeto, sino en las consecuencias que deben derivarse para aquel que voluntariamente decide restablecer el orden jurídico violentado. *De lege data*, los arts. 305.4 y 307.3 al referirse a la *regularización de la situación en relación con la deuda*, exigen su íntegra satisfacción tras la rectificación de la previa conducta defraudatoria de que se trate, siendo el sujeto que ha desencadenado la lesión al bien jurídico quien debe correr con el riesgo de que la conducta de cumplimiento extemporáneo no pueda verificarse en la forma prevista para el levantamiento de la pena por su eventual falta de liquidez, en cuyo caso, podría ser destinatario de las atenuantes de confesión del art. 21.4ª, si se produce el reconocimiento completo y veraz de la deuda y/o de disminución del daño del art. 21.5ª, en el supuesto de satisfacción parcial de lo debido.

En apoyo también de la inexigibilidad del ingreso en el caso de la regularización de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal se apela a la utilización del término *reintegro* en el caso del delito de fraude de subvenciones del art. 308 -como vocablo claramente expresivo de la necesidad de devolver el importe de la subvención recibida para obtener la exención, frente al utilizado en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal-, olvidando que tradicionalmente, el reintegro es expresión propia de la norma extrapenal de referencia en materia de subvenciones y ha sido utilizada a lo largo del tiempo en ese contexto, entre otras, en sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado. El Título II de la vigente Ley 38/2003 de 17 de Noviembre General de Subvenciones se denomina "*Del reintegro de subvenciones*", constituyendo además un término con connotaciones de todo punto ajenas a las deudas tributarias o a las

contraídas con la Seguridad Social, aun cuando sí revela la voluntad del legislador penal de vincular el levantamiento de la pena a conductas postdelictivas realmente reparadoras, de modo que el reintegro constituye la *ordenación* de la subvención tras la comisión de alguna de las modalidades delictivas a que se refiere el art. 308 del Código Penal, situación que entendemos predicable de las conductas descritas en los arts. 305 y 307, en cuyo caso, se recurre a una expresión de uso corriente, particularmente en la esfera administrativa *-regularizar-* cuya exégesis penal en relación con la deuda contributiva, aglutina su reconocimiento veraz y el ingreso de lo realmente debido.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con ésta cuestión en doctrina ya consolidada, entendiendo, de conformidad con lo dicho, que el pago constituye un elemento consustancial a la regularización, en la línea de lo ya expuesto. En ese sentido, la Sentencia nº 1807 de 30 de octubre de 2001 señala “...*la regularización prevista en el mencionado precepto como excusa absolutoria tiene por finalidad el favorecimiento o promoción del pago voluntario, inserto en razones de utilidad que subyacen en toda excusa absolutoria, lo que no concurre cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (STS 6.11.2000); regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago, lo que no se puede producir de forma automática en virtud del transcurso de los plazos prescriptivos, por tratarse de conceptos jurídicos diversos*”.

En parecidos términos, la Sentencia nº 1336 de 15 de julio de 2002 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo decía: “...*Regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su*

*incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide asimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber, que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y que la administración tributaria, en uno y otro caso, al fin, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la ley (...) es el mismo Legislador el que, en la exposición de motivos de la ley que introdujo la excusa absolutoria en el Código Penal anterior Ley Orgánica 6/1995, ilustró acerca del porqué de haber obrado de este modo. Y lo hizo poniendo el énfasis en el dato significativo de que lo realmente buscado fue sustraer a la responsabilidad penal a los contribuyentes que, tras de haber incurrido en irregularidad, hubieran decidido espontáneamente salir de ella, haciendo frente de manera efectiva a sus obligaciones y a la consecuencia del incumplimiento de éstas. Tal es el elemento de principio a tomar en consideración: la concurrencia de una conducta que -aunque tardía- guarda una relación de equivalencia práctica con el pago tempestivo del impuesto".*

*La Sentencia nº 539 de 30 de abril de 2003 añade "Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada, cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación- a ello equivale la presentación de la declaración complementaria- cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la administración".*

*Completando la argumentación de las anteriores, la Sentencia nº 636 de 30 de mayo de 2003 precisa que "... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una*



*declaración complementaria y el consiguiente pago" recordando que "el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento", argumentos que se reiteran, entre otras, en Sentencia del Tribunal Supremo nº 751 de 28 de noviembre de 2003.*

Por último, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 192 de 1 de febrero de 2006 confirma el criterio expresado en la Sentencia de 1 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Burgos, en la que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial a que acabamos de referirnos, se reproducían íntegramente algunos de los argumentos expresados: *"Aún cuando, ni en el escrito de calificación provisional, ni en las alegaciones iniciales del proceso, se ha planteado por la defensa la posible aplicación de una excusa absolutoria por regularización posterior de las declaraciones tributarias, y por inclusión en la declaración de 1997 de algunas de las cantidades respecto de las cuales se debió de haber tributado en los ejercicios objeto de litigio, debe de recordarse, precisamente para clarificar la irrelevancia de esa declaración posterior en la tipificación penal de los hechos enjuiciados, que la Jurisprudencia (SSTS 2ª 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003) ha declarado: [Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación; a ello equivale la presentación de la declaración complementaria- cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración]. Por lo tanto, según esta línea jurisprudencial, regularizar supone pagar, sin que baste la presentación de declaración complementaria. Por las mismas razones se estima ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que la*

*reparación parcial del perjuicio pueda producir efectos en la determinación de la pena".*

*No tributar en el momento debido y pretender hacerlo en momentos muy posteriores y alejados en ocho años, no solo no supone el pago exigido por la Jurisprudencia indicada, sino que determina una actuación mas allá de una mera ordenación tributaria y acorde con una actuación de ajuste y estrategia fiscal a la conveniencia del acusado".*

#### **4. Conclusiones.**

**PRIMERA.** No existe en la legislación extrapenal de referencia una definición legal del término *regularización*, siendo una expresión que -tanto en la normativa tributaria y de la Seguridad Social como en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal-, se utiliza conforme a su significación semántica. Por consiguiente, su exégesis en las excusas absolutorias objeto de estudio, debe partir de su definición según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, su naturaleza y configuración jurídico-penales en tanto que excusas absolutorias y su inclusión dogmática entre las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, fuertemente vinculadas con la teoría de la reparación.

**SEGUNDA.** En caso de deudas contributivas derivadas de cuotas tributarias o de la Seguridad Social presuntamente defraudadas en cuantía superior a los 120.000 euros, resultan de aplicación los arts. 180 de la LGT, 3.2 del *Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social según redacción dada por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto* y 5 del *Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones en el Orden Social aprobada por Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo*, correspondiendo a la jurisdicción penal la decisión

acerca de la concurrencia, en su caso, de los requisitos penalmente exigibles para la apreciación de las excusas absolutorias previstas en los párrafos 4 y 3 de los arts. 305 y 307 respectivamente.

**TERCERA.** En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales.

**CUARTA.** En el caso de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social en los que la conducta defraudatoria consista en la solicitud de una devolución indebida, la simple autodenuncia -efectuada con carácter previo a materializarse la devolución- constituye el reverso de la conducta delictiva, siendo aplicable la excusa absoluta siempre que concurren los demás requisitos previstos en los párrafos 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal.

**QUINTA.** La *autodenuncia*, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absoluta si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí

puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el art. 21.4ª del Código Penal.

**SEXTA.** El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda -tributaria o de la Seguridad Social- no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del art. 21.5ª del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción.

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

Madrid, 4 de mayo de 2009

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES**

## **CIRCULAR 3/2009**

### **SOBRE PROTECCIÓN DE LOS MENORES VÍCTIMAS Y TESTIGOS**

1.- Introducción. 1.-1 Ideas generales. 1.-2 Principios de la reforma 8/2006. 2.- Declaración del menor en la fase de instrucción: análisis de la reforma 8/2006, de 4 de diciembre. Presencia obligatoria del Fiscal. 3.- Supuestos en los que cabe evitar la presencia del menor en el acto del juicio oral. 3.-1 Preconstitución probatoria. 3.-1.1 Presupuesto habilitante. 3.-1.2 Requisitos necesarios con carácter general. 3.-1.3 Especialidades en la preconstitución de la testifical de un menor de edad. 3.-1.4 Requisitos formales. 3.-2 Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo. 4.- El sobreseimiento de las actuaciones por falta de prueba en causas por delitos contra la libertad sexual. 5.- Declaración del menor víctima en el juicio oral: análisis de las garantías aplicables. 6.- Pautas en relación con careos. 7.- Otros mecanismos protectores del testigo menor. 8.- Pautas generales sobre interrogatorios a menores. 9.- Valoración de la declaración del testigo menor. 10.- Indemnizaciones a menores víctimas. 11.- La audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. 12.- Conclusiones.

#### **1.- INTRODUCCIÓN**

##### **1.1. Ideas generales**

El debate sobre las razones del ejercicio del “ius puniendi” enfrenta al Estado sancionador con la persona acusada de un delito. La enorme desigualdad entre las partes así opuestas y la debilidad que se atribuye al ciudadano frente al Estado, suscitó la necesidad de regular su confrontación en condiciones de justicia y equidad. De ello procede el desarrollo dogmático y

constitucional de la idea de “juicio justo” en el que aparece el sistema de garantías del acusado en función de su efectiva y real posibilidad de defensa frente a la acusación. Tales garantías configuran el presupuesto básico del derecho a un juicio justo y resultan inderogables en el marco del Estado de Derecho.

El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE) encuentra en los derechos de defensa y contradicción una de sus principales manifestaciones. El art. 6.3 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) enumera los derechos que, como mínimo, tiene todo acusado, y entre ellos, en la letra d), el derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación, planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas incriminatorias, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga.

Son varias las resoluciones en las que el TEDH, tras ponderar todas las circunstancias del caso, y en particular la trascendencia de las restricciones al ejercicio de este derecho, determina la vulneración del Convenio cuando aprecia una efectiva violación de las oportunidades defensivas del interesado, ya sea por no dársele la posibilidad de estar presente en un juicio o en su recurso, obstaculizarse el acceso al sumario, negarle información relevante o menoscabarle de modo indudable sus posibilidades de producir prueba de descargo o de defenderse debidamente de la prueba incriminatoria. (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso “*Delta*”; 22 de abril de 1992, caso “*Vidal*”; 11 de enero de 2000 y 27 de febrero de 2001 caso “*Lucha*”).

Para nuestro Tribunal Constitucional el derecho de defensa se garantiza mediante un procedimiento contradictorio (STC nº 128/1996 de 9 de julio), y de ello deriva que el principio de contradicción, o más exactamente, la posibilidad de contradicción, se convierta en regla esencial del desarrollo de todo proceso (SSTC nº 93/2005 de 18 de abril y 12/2006 de 16 de enero).

La STC nº 154/2000 ha afirmado que “el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye, en efecto, una exigencia ineludible, vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías, para cuya observancia adquiere singular importancia el deber de los órganos judiciales de posibilitar la actuación de las partes a través de los actos de comunicación establecidos en la Ley, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen”.

A modo de síntesis, la STC nº 12/2006, de 16 de enero recapitula: “la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las ‘reglas esenciales del desarrollo del proceso’ (SSTC nº 41/1997, 218/1997, de 4 de diciembre, 138/1999, de 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Se trata de un derecho formal (STC nº 144/1997, de 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (STC nº 26/1999, de 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de

contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: ‘el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos’ (SSTC nº 144/1997, de 15 de septiembre y 93/2005, de 18 de abril, FJ 3).

Esta misma interpretación realiza también la Sala Segunda del Tribunal Supremo al exigir para la operatividad de las pruebas que han de practicarse en el acto del juicio oral, su sujeción a los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción y defensa (por todas, STS nº 202/1998 de 13 de febrero). De este modo integra una garantía esencial del derecho de defensa “el que las pruebas se practiquen en el juicio oral, público y contradictorio” (STS nº 555/2008 de 25 de septiembre), pues la publicidad de los debates y el derecho a la prueba son manifestaciones concretas de entre las que conforman el derecho a un juicio justo. Es precisamente en este ámbito en el que “la indefensión consiste en la obturación o aminoración de las oportunidades procesales de alegar y probar” las propias pretensiones y rebatir las contrarias (SSTS 1367/2004 de 29 de noviembre, 175/2006 de 20 de febrero, 363/2006 de 28 de marzo, 197/2007 de 5 de marzo...).

En este contexto insoslayable surge sin embargo la necesidad de tomar en consideración los derechos y necesidades de los menores que son víctimas de delitos o actúan como testigos en los procesos penales, reuniendo frecuentemente ambas condiciones. La psicología ha puesto de manifiesto que la intervención de un niño en un juicio es vivida generalmente como una experiencia estresante potencialmente provocadora de efectos a largo plazo. Los menores pueden padecer una gran ansiedad antes, durante e incluso después de la celebración del acto procesal en el que se ha interesado su declaración. Por otro lado, la confrontación ante adultos inculpados o implicados



y las preguntas agresivas de las partes, son las situaciones que más secuelas traumáticas pueden dejar en niños que comparecen ante un Tribunal.

Esta particular vulnerabilidad de los niños víctimas y testigos reclama especial protección, así como asistencia y apoyo apropiados a su edad y nivel de madurez, a fin de evitar los traumas o minimizar el impacto que puede ocasionar su participación en un proceso.

Con aplicación a todo tipo de procedimientos judiciales, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) señala en su art. 9.1 que las comparecencias judiciales del menor *se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.*

Pero es particularmente en los procesos penales, donde las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que su intervención puede suponer a los menores -sobre todo cuando se trata de crímenes sexuales- exigen una ponderación cuidadosa a la hora de determinar el alcance de dicha participación, a fin de garantizar, junto con los inalienables derechos del acusado, el interés general en la persecución de los delitos y las necesidades de los menores afectados.

Partiendo del máximo respeto al derecho de defensa del acusado sobre el que se apoya nuestro proceso penal, deben ponderarse las necesidades y los derechos del testigo menor de edad, evitando en cada caso la producción de perjuicios que excedan de lo estrictamente indispensable.

La STS nº 429/2002, de 8 de marzo sintetiza perfectamente la índole de los intereses en conflicto cuando se refiere al difícil equilibrio que los tribunales deben procurar entre la plena efectividad de los derechos fundamentales del

acusado en el proceso penal, la protección de los menores víctimas y testigos y el interés público en que no queden impunes determinados hechos especialmente reprobables.

Los derechos del acusado son, como se ha dicho, el eje vertebrador del proceso penal y sin merma de los mismos, han sido ya recibidos en nuestro ordenamiento jurídico los principios de protección del menor víctima, de modo que sea compatible su testimonio directo con la salvaguarda de su privacidad y la disminución, dentro de lo posible, de los efectos negativos, en cuanto a la re-victimación o victimización secundaria que todo proceso lleva consigo (SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, nº 332/2006 de 14 de marzo).

El objeto de la presente Circular abarca tanto el tratamiento de los menores víctimas como de los que son exclusivamente testigos, porque la víctima es considerada testigo por la jurisprudencia (SSTS nº 332/2006, de 14 de marzo y 1556/2003, de 17 de noviembre). Como subraya el Tribunal Supremo "nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad de la víctima y del inculpado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad" (SSTS nº 597/2008, de 1 de octubre, 409/2004, de 24 de marzo, 104/2002 de 29 de enero y 2035/02 de 4 de diciembre). Por ello es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (SSTS nº 317/2008, 470/2003, 104/2002, 862/2000, 434/1999, 486/1999), aunque reconociendo que los supuestos en que sea aquélla la única prueba de cargo plantean una situación límite de riesgo para el derecho fundamental que se intensifica cuando la propia víctima es la que inició el proceso con su denuncia y llega a su máximo extremo cuando el testimonio de la víctima es la única prueba no sólo de la autoría del acusado sino del propio hecho delictivo, siendo en tales supuestos preciso depurar el proceso de valoración con la aplicación de las reglas de experiencia o

indicadores jurisprudenciales sobre "verosimilitud o ausencia de incredibilidad objetiva", "ausencia de incredibilidad subjetiva" y "persistencia en la incriminación" (*vid. ad exemplum* SSTS nº 487/2000, de 20 de marzo, 667/2006, de 20 de junio, 1295/2006 de 13 de diciembre, 278/2007, de 10 de abril, 303/2007 de 10 de abril....).

Sentado lo anterior y como reseña la STS nº 1016/2003, de 2 de julio, en casos de testigos particularmente vulnerables, "debemos partir de un principio que afortunadamente cada vez va adquiriendo mayor relieve en el ámbito del proceso penal: la necesidad de proteger a las víctimas, máxime cuando éstas son menores de edad y ofendidas en unos delitos que, por su contenido sexual, pueden tener una incidencia negativa en el desarrollo posterior de su personalidad. Si es difícil que estos menores puedan olvidar lo ocurrido, al menos habrá que procurar no colaborar en que vuelvan a recordarlo"

Desde diversas instancias internacionales se ha promovido este tratamiento singularizado y tuitivo. Así, en la Recomendación (85) 4, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 26 de marzo de 1985, sobre *la violencia dentro de la familia*, se interesa de los Estados miembros "que prevean las medidas necesarias para que la declaración de los miembros de la familia en los casos de violencia dentro de ésta se realice sin ninguna presión exterior. Sobre todo los menores deberían tener un asesoramiento adecuado".

La Recomendación (85) 11, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 28 de junio de 1985, sobre *la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal*, en su apartado 8º declara que "en todas las fases del procedimiento, el interrogatorio de la víctima debería hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad. En la medida de lo posible y en los casos apropiados, los niños y los enfermos o

minusválidos mentales deberían ser interrogados en presencia de sus padres o del tutor o de cualquier persona cualificada para asistirles”.

La Recomendación (87) 21, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, sobre *la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización*, menciona la necesidad de “crear, desarrollar o apoyar los servicios dirigidos a categorías específicas de víctimas, como los niños”.

La Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, relativa a *la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños* parte de la necesidad de tener en cuenta la especial vulnerabilidad de las víctimas de este tipo de delincuencia y, sobre todo, la que sufren los niños.

El art. 8 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a *la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 dispone que los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para proteger en todas las fases del proceso penal los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas por el presente Protocolo y, en particular, deberán: a) Reconocer la vulnerabilidad de los niños víctimas y adaptar los procedimientos de forma que se reconozcan sus necesidades especiales; b) Informar a los niños víctimas de sus derechos, su papel, el alcance, las fechas y la marcha de las actuaciones; c) Autorizar la presentación y consideración de las opiniones, necesidades y preocupaciones de los niños víctimas en las actuaciones en que se vean afectados sus intereses personales; d) Prestar la debida asistencia durante todo el proceso a los niños víctimas; e) Proteger debidamente la intimidad e identidad de los niños víctimas; f) Velar por la seguridad de los niños víctimas frente a intimidaciones y represalias; g) Evitar las demoras innecesarias

en las causas y en la ejecución de las resoluciones por las que se conceda reparación a los niños víctimas.

Los arts. 2 y 8.4 de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al *Estatuto de la víctima en el proceso penal* obligan a cada Estado miembro a esforzarse, en particular, por que las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, a velar por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación y a garantizar, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

El punto nº 14 de las “Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos”, aprobadas por la Resolución 2005/20 del ECOSOC (Naciones Unidas) exige que la intervención de los menores en estos procedimientos se realice en un ambiente adecuado, que se acomode a las especiales necesidades del niño, conforme a sus habilidades, edad, madurez intelectual y capacidad, debiendo desarrollarse en un lenguaje que el niño utilice y comprenda. El punto nº 23 postula que deben hacerse todos los esfuerzos para evitar que el menor sea sometido a excesivas intervenciones.

El Decimoséptimo Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Jueces y Magistrados para la Juventud y la Familia (Belfast, 2006) aprobó como conclusión nº 14 la de que los niños testigos deberían recibir apoyo durante todo el proceso judicial para garantizar que se sientan protegidos, sean oídos en el Tribunal y sean capaces de dar testimonio de manera eficaz. Tal apoyo debería llevarlo a cabo una agencia independiente para garantizar que: a) Los niños

están bien informados durante todo el proceso; b) Los niños son asistidos en un ambiente no abusivo; c) Los niños son interrogados por individuos especializados y con competencia en el terreno de la infancia; d) El juicio se lleva adelante sin dilación.

El Seminario Iberoamericano sobre “Protección de Víctimas y Testigos”, celebrado en Cartagena de Indias en marzo de 2007 propugnaba que “para ciertos testigos vulnerables, como los niños, el Estado debe estar en condiciones de proveer medidas que disminuyan los traumas ocasionados por su participación en el proceso, agilizar las diligencias procesales y mantener en reserva detalles sobre la identidad del testigo e impedir su contacto directo con el acusado durante la prestación del testimonio. Así, las medidas procesales jurisdiccionales concentran una gama de instrumentos tecnológicos cada vez más importantes, como la distorsión de voz y la video-conferencia, otros más sencillos, como el empleo de biombos, mamparas y disfraces, y también los hay de carácter estrictamente procedimental, como la tramitación preferente del proceso en donde ha de deponer el testigo protegido”.

Una especial atención deberá prestarse cuando los menores estén dentro de la fase de la infancia, en tanto la vulnerabilidad y fragilidad de los mismos es mucho más intensa.

Como parámetros meramente orientativos, de acuerdo con las aportaciones de la psicología del testimonio, podríamos distinguir entre una edad límite para el testimonio infantil, situada en torno a los tres años de edad, fase en que concurre una muy reducida capacidad cognitiva-léxica y la pericial psicológica y la testifical de referencia adquieren un protagonismo indiscutible. Los niños entre los 2/3 y 6/7 años presentan claras limitaciones como testigos, siendo necesario restringir drásticamente la extensión de las actuaciones procesales sobre ellos. Los niños entre 6/7 y 10/11 años tienen más

desarrollados sus aspectos cognitivos. Los adolescentes hasta los 16 años tienen una capacidad verbal y un desarrollo cognitivo que hace que su testimonio no presente diferencias sustanciales con el del adulto pero pueden presentar alteraciones derivadas tanto de la victimización como de las características del momento evolutivo de su personalidad (rebeldía, desconfianza en las figuras de autoridad, confusión de la autoimagen, desarrollo sexual, etc.).

Aun asumiendo que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad de los hechos, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado etc.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán también tener presente que las causas que mayores problemas plantean en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

En todo caso, ha de subrayarse que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra el acusado en los términos en que lo interpreta nuestra jurisprudencia está también reconocido tanto en el art. 6.3 d) CEDH como en el art. 14.3 a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (en adelante PIDCP). La antes citada STEDH de 27 de febrero de 2001 (asunto "*Lucha*") declara en este sentido que "los derechos de

defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario." El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona por sí misma los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 del CEDH siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar el testimonio de cargo e interrogar a su autor bien cuando se presta, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso "Kostovski" ; 15 de junio de 1992, caso "Lüdi", 23 de abril de 1997, caso "Van Mechelen y otros", y de 20 de abril de 2006, caso "Carta").

Configurado como derecho potencial el derecho a contradecir el testimonio de cargo e interrogar al testigo, como regla general, supone que el acusado a través de su Letrado tiene que tener la posibilidad de, directa o indirectamente, en sede de instrucción o en el juicio oral, interrogar al menor testigo (STC nº 174/2003 de 29 de septiembre).

Pero en el ámbito que nos ocupa, la matización la introduce el propio TEDH al declarar que el art. 6.3 d) CEDH no puede ser interpretado, en el marco de los procedimientos penales relativos a delitos sexuales contra menores, como una exigencia de que, en todos los casos, las preguntas sean planteadas directamente por el acusado o su abogado, mediante repreguntas u otros medios (STEDH de 2 de julio de 2002, caso *S. N. contra Suecia*).



Por ello, cuando la única prueba de cargo se fundamente en las manifestaciones efectuadas desde la acusación, y concretamente cuando se trate de menores víctimas de delitos sexuales, debe compatibilizarse “la valoración como prueba de cargo de la declaración de la víctima, con la necesaria salvaguardia de los principios fundamentales que caracterizan un sistema democrático de Justicia Penal y específicamente el derecho a la defensa, el derecho a un proceso con las debidas garantías, el principio de contradicción, el principio de igualdad de armas entre acusación y defensa, el principio constitucional de presunción de inocencia o el de interdicción de la indefensión” pues, “siendo unánimemente reconocida la necesidad de tutelar eficazmente la indemnidad sexual de los menores, así como la de minimizar los efectos negativos de su ineludible intervención en el proceso, adoptando para ello las necesarias cautelas, ha de convenirse también en que estos objetivos no pueden alcanzarse a través de la creación de un modelo procesal excepcional, de carácter cuasi-inquisitorial, en el que se invierta la carga de la prueba sustituyéndose el deber de la acusación de probar la culpabilidad por la obligación de la defensa de probar la inocencia, se prescindiera de la inmediación y de la contradicción, o se impida a la defensa el acceso directo a las fuentes de prueba, con las precauciones que se estimen procedentes, desequilibrando con ello la balanza del proceso en favor de la acusación, única parte a quien se permite dicho acceso, sin posibilidad de contradicción” (STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

Desde la perspectiva de los derechos del acusado esto implica que para su validez formal, cualquier merma o restricción de los derechos de defensa y contradicción, sólo podrá acordarse con arreglo a un protocolo de precauciones, caracterizado por la excepcionalidad, la judicialidad, la proporcionalidad y generalmente, la fundamentación o deber de motivación de la decisión.

Obviamente el tratamiento especial de testigos y víctimas no ha de otorgarse indiscriminadamente, salvo supuestos de niños de corta edad, sino excepcionalmente, en aquellos casos en que se aprecie racionalmente algún peligro procedente del acusado, de su entorno o simplemente, de la mera confrontación con el mismo o de la actualización de los hechos delictivos que inevitablemente implicará el propio juicio oral, en un escenario desfavorable como es en general para la víctima la sala de vistas, lo que ocurre particularmente cuando se trata de niños afectados por experiencias traumáticas, a veces de índole sexual o violenta, cuya reiterada narración impide el olvido y la curación del impacto psíquico o emocional dañino.

Por otra parte, todo sacrificio o restricción de un derecho fundamental decidido por los poderes públicos ha de estar justificado en la protección de otros intereses. Particularmente los derechos fundamentales de terceros actúan de límite recíproco en sus respectivos ejercicios. En la ponderación de unos u otros intereses y derechos, será imprescindible un juicio sobre la necesidad de otorgar una protección que se traduzca en cualquier restricción de las garantías del acusado y sobre la proporcionalidad del sacrificio impuesto en aras de la indemnidad física, psíquica, emocional o moral del testigo.

En el juicio de proporcionalidad ha de pesar también la finalidad de lograr la efectividad de la cooperación con la justicia de todos los ciudadanos, y de evitar, en lo posible, lo que se ha llamado segunda victimización o plus de aflicción causados a las víctimas por el propio procedimiento judicial, del que se han hecho eco en los últimos tiempos las más variadas instancias institucionales y sociales. No puede olvidarse que las normas se interpretan según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 Código Civil), y que es por tanto esta perspectiva la que debe iluminar la cuestión aquí planteada

Desde la perspectiva de las necesidades de los menores víctimas y testigos, dos son las ideas básicas a tener presentes como pórtico de reflexión:

Una primera idea es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en las tomas de declaración, y procurarse los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

En este sentido, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia (Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002) proclama en su punto nº 26 in fine que se procurará evitar la reiteración de las comparecencias del menor ante los órganos de la Administración de Justicia.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán, por tanto, eludir la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de evitarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático.

Con esta finalidad puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que sea especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para, en su caso, preconstituir la prueba. Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual.

Baste con recordar que el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre *regulación de Policía Judicial*, establece en su art. 20 que cuando los funcionarios integrantes de las unidades orgánicas de la Policía Judicial realicen diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial, actuarán bajo la dependencia del Ministerio Fiscal. A tal efecto, darán cuenta de sus investigaciones a la Fiscalía correspondiente que, en cualquier momento, podrá hacerse cargo de la dirección de aquéllas, en cuyo caso los miembros de la Policía Judicial actuarán bajo su dependencia directa y practicarán sin demora las diligencias que el Fiscal les encomiende para la averiguación del delito y el descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

La Instrucción 1/2008, de 7 de marzo sobre *la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial* establecía en su conclusión 6ª que las instrucciones particulares o las órdenes a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios o modos de actuación en investigaciones concretadas en supuestos determinados, se impartirán por el Fiscal encargado del asunto a través del Jefe de la Unidad o directamente a los funcionarios que practiquen la investigación, con la dación de cuenta inmediata y documentada al Fiscal Jefe en los casos de importancia o trascendencia, en virtud de lo dispuesto en el art 25 EOMF.

La segunda idea clave procede también de los estudios psicológicos sobre niños testigos. Se evidencia en ellos que la recuperación emocional del menor no empieza hasta la resolución del caso. Uno de los más importantes factores de estrés de los testigos infantiles es el tiempo que transcurre entre los hechos y la resolución del caso por la Justicia. Cuando el presunto delito se ha cometido dentro de la familia del menor, la posibilidad de resolver el conflicto

familiar difícilmente puede operar hasta tanto no ha recaído una sentencia o auto de sobreseimiento firme.

Por ello, las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su papel de impulsores del proceso penal, redoblarán sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la solución de estos procedimientos.

Estas coordinadas victimológicas y a la vez respetuosas con el derecho al proceso debido enmarcan las últimas reformas legislativas operadas en la LECrim por LO 8/2006, de 4 de diciembre en esta materia y las pautas interpretativas que se introducen en la presente Circular, teniendo especialmente presente que en el Fiscal concurre simultáneamente el doble cometido de garantía de los derechos del imputado y específica defensa de los derechos fundamentales del menor (vid. apartado I.- de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio).

Pero la protección de víctimas y testigos -especialmente cuando sean menores- es una obligación no sólo del Fiscal (art. 10 EOMF y art. 15 Ley 35/95, de 11 de diciembre, *de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*) sino también de los titulares de órganos jurisdiccionales. A este respecto considera el Tribunal Supremo que entre las funciones del Presidente del Tribunal se encuentra la ponderación de los derechos constitucionales en juego para impedir que en el ejercicio de la actividad de defensa se invadan o vulneren innecesaria y abusivamente los derechos constitucionales de la víctima, y en concreto el derecho a la intimidad, al indagar de modo innecesario y abusivo, acerca de las relaciones sexuales de la víctima del hecho. (STS nº 673/2007, de 19 de julio).

En cualquier caso, queda claro que la reforma legal ha tratado de equilibrar el sistema tomando en consideración los intereses de los menores, sin menoscabo de los derechos de defensa y demás garantías procesales del acusado.

## **1.2. Principios de la Reforma 8/2006 de 4 de diciembre**

La Exposición de Motivos de la Reforma 8/2006 no aporta suficientes criterios exegéticos. Declara que “se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos y donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio)”.

En realidad se reforman no sólo los arts. 448 y 707, sino también los arts. 433 y 731 bis LECrim. Por otro lado, la protección no se dirige a menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual sino a testigos menores, sea cual sea el delito sobre el que hayan de testificar y con independencia de si ostentan también o no la condición de víctimas. La Exposición de Motivos tampoco aporta alguna guía hermenéutica sobre la novedad de que sea obligatoria la presencia del Fiscal en estas declaraciones.

En todo caso, conviene destacar tres cuestiones concretas:

- Puesto que tras la reforma no distingue la LECrim franjas de edades en relación con los testigos, sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a

cualquier persona menor de 18 años (vid. art. 1 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y art. 1 LOPJM).

- Para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

- Los principios informadores de la presente Circular serán también de aplicación para los testigos y víctimas que depongan en el proceso penal de menores. Ha de recordarse que ya la Circular 1/2007, de 23 de noviembre, en su punto IX.3 disponía que *“la reforma 8/2006 modifica también la LECrim para introducir cláusulas en salvaguarda de los derechos de los testigos menores. Aunque tales previsiones están en principio preordenadas al procedimiento penal de adultos, ninguna duda plantea su aplicabilidad al proceso penal de menores, a la vista de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Final primera de la LORPM y teniendo en cuenta que su aplicación está en perfecta armonía con los principios que inspiran el Derecho Penal Juvenil. De hecho, la práctica diaria pone de manifiesto que en el proceso penal de menores también las víctimas y los testigos en un alto porcentaje son menores de edad. Los Sres. Fiscales cuidarán de garantizar que tales disposiciones preordenadas a minimizar los perturbadores efectos de los procesos de victimización secundaria tengan plena aplicación, pues su función genérica de protector de los derechos de los menores también debe proyectarse sobre los testigos menores, sean o no víctimas de los delitos”*.

## **2.- DECLARACIÓN DEL MENOR EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN: ANÁLISIS DE LA REFORMA 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE. PRESENCIA OBLIGATORIA DEL FISCAL**

El art. 433 LECrim, tras la reforma operada por LO 8/2006 dispone en su párrafo tercero que *toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes, salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.*

Por tanto, la declaración del menor durante la fase de instrucción tendrá lugar necesariamente ante Juez de Instrucción, Secretario Judicial y Ministerio Fiscal.

En cuanto al papel del Fiscal en esta declaración, ya la reciente Instrucción 1/2007, de 15 de febrero, sobre *actuaciones jurisdiccionales e intimidación de menores* consideraba que *“la obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en finalidades de aseguramiento de la eficacia en la investigación, pues si tal fuera su “ratio”, tal presencia habría de ser obligatoria en todas las declaraciones, sino precisamente en su función de protector de los derechos fundamentales del menor”.*

La importancia del papel del Fiscal en las exploraciones de menores ha sido subrayada por la doctrina constitucional. La STC nº 17/2006, de 30 de enero en relación con una causa civil en la que no se permitió al Fiscal asistir a la exploración, declara que si bien los arts. 138.2 y 754 LEC permiten celebrar las audiencias de menores sin asistencia de las partes “tal exclusión de publicidad no puede entenderse referida al Ministerio Fiscal, que interviene preceptivamente en el proceso de forma imparcial como defensor de la legalidad



y de los derechos de los menores afectados, velando por la primacía del interés superior de éstos es necesario permitir su intervención efectiva en la exploración, a fin de que el Fiscal pueda personalmente oír e interrogar a las menores, para conocer si éstas expresan con libertad su opinión sobre el conflicto que afecta a su esfera personal y familiar, e interesar, en su caso, la adopción por el Tribunal de las medidas de protección de los menores que estime necesarias”.

Por otro lado, presenciar la declaración del menor en fase de instrucción puede proporcionar al Fiscal información privilegiada a la hora de decidir acerca de extremos tan trascendentes como si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso, acerca de si es necesario preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su re-victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, valorar la procedencia del sobreseimiento.

Potestativamente pueden estar presentes los representantes legales del menor, y, en su caso, los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo. Esta presencia potestativa -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- se ve exceptuada cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados, pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor. También se prevé pese a no ser imputados, que el Juez excepcionalmente acuerde la no presencia de los padres, tutores o guardadores. Debe interpretarse cuál puede ser el fundamento de esta exclusión excepcional: el art. 162 CC dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, exceptuándose "aquellos casos en que exista conflicto de

intereses entre los padres y el hijo". Parece por tanto que habrán de ser estos supuestos en los que existan conflictos de intereses los que motiven la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia. En todo caso, habrá de evitarse que la presencia del progenitor o familiar suponga una presión directa sobre el menor, impidiéndose que una vez iniciado el acto, se pretenda de cualquier manera de orientar la declaración del niño.

Facultativamente también se prevé que puedan asistir expertos. Aunque el precepto no concreta de qué expertos pueda tratarse, ordinariamente habrá de entenderse que serán personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras. Las circunstancias del caso serán las que marcarán la necesidad o conveniencia de esta asistencia técnica, que se incrementará cuando el menor sea, además de testigo, víctima, y atendiendo especialmente a su edad, en cuanto normalmente para los denominados menores maduros no será necesario. También la índole del delito será determinante para calibrar tal necesidad.

En estos casos, al dirigir el interrogatorio de los menores se tendrán en cuenta las pautas marcadas por los expertos. Incluso debe admitirse, especialmente para niños de corta edad, que el interrogatorio lo lleve a cabo un psicólogo infantil previa entrevista con Juez, Fiscal y demás partes a fin de determinar su objeto. De hecho, en supuestos de niños muy pequeños con los que es difícil el diálogo directo, las técnicas de abordaje sólo pueden practicarse por persona experta en la materia.

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley fue presentada una enmienda que proponía que "en las declaraciones de menores en los

procesos penales se les tomará declaración a través de un experto, al que el Juez, el Ministerio Fiscal y las partes previamente habrán facilitado las preguntas y esta exploración será seguida por el Juez y las partes a través de un espejo unidireccional o de un circuito cerrado de vídeo y podrán sugerir nuevas preguntas a través del experto, grabándose en soporte audiovisual para su valoración”.

La redacción final que la LO 8/2006 no asumió expresamente este ambicioso planteamiento, si bien *de lege data* pueden alcanzarse resultados similares (declaración a través de un experto, exploración con utilización de espejos unidireccionales o de circuito cerrado de vídeo, posibilidad de sugerir nuevas preguntas tanto a acusación como a defensa, grabación....) para los casos en los que sea necesario o conveniente utilizar estas posibilidades y/o preconstituir la prueba.

En efecto, se prevé como posible la grabación de la declaración. Las Sras/Sres. Fiscales interesarán este modo específico de documentación siempre que resulte plausible la eventualidad de que el menor no pueda declarar en el acto del juicio oral o cuando con los datos ya recabados pueda sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor es especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que se pronuncie sobre si el mismo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados

desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no lo han hecho ya- propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor.

Resulta también de aplicación, el nuevo párrafo al final de la regla 4ª del art. 770 LEC, introducido tras la reforma operada por Ley 15/2005, de 8 de julio, (Derecho supletorio, conforme al art. 4 LEC, en el ámbito penal). Dispone el reseñado precepto que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

La Reforma 8/2006 ha suprimido la referencia a que el Juez instructor, antes de recibir el juramento al testigo púber y de interrogar al impúber, les instruirá de la obligación que tienen de ser veraces, y en su caso, de las penas previstas para el delito de falso testimonio.

Habrán las Sras/Sres. Fiscales de interpretar que no se les recibirá juramento a los menores, sean o no púberes, ni se les advertirá de las penas con que el Código castiga el delito de falso testimonio en causa criminal, sin perjuicio de advertirles a todos la obligación que tienen de ser veraces y a los mayores de 14 años de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal conforme a la LORPM en caso de mentir.

No obstante, en relación con el juicio oral, continúa en vigor el art. 706 LECrim, conforme al que hallándose presente el testigo mayor de catorce años ante el Tribunal, el Presidente le recibirá juramento en la forma establecida en el art. 434. Quizás la coherencia debiera haber llevado a incluir para el acto del

juicio oral la previsión de que no se tomará juramento o promesa a los testigos menores de dieciocho años. Sin embargo, la falta de una disposición expresa en tal sentido debe llevarnos a mantener la vigencia del art. 706 LECrim.

### **3.- SUPUESTOS EN LOS QUE CABE EVITAR LA PRESENCIA DEL MENOR EN EL ACTO DEL JUICIO ORAL**

La jurisprudencia del TEDH parte de la incompatibilidad con las garantías del art. 6 CEDH de las condenas que se fundamenten únicamente, o de manera determinante, en las declaraciones de un testigo que el acusado no ha podido interrogar ni durante la instrucción, ni durante el proceso ulterior (SSTEDH de 13 de octubre de 2005, caso "*Bracci*" contra Italia; de 14 de junio de 2005 "*Mayali*" contra Francia; de 20 de diciembre de 2001 "*P.S*" contra Alemania). Ello presupone la necesidad de la práctica de las pruebas en el juicio oral bajo los principios de inmediación, concentración, oralidad, publicidad y contradicción.

Excepcionalmente reconoce el TEDH la suficiencia de la declaración del menor testigo, prestada en fase anterior al juicio oral para enervar la presunción de inocencia, cuando la defensa tuvo la oportunidad mediata, por ofrecimiento expreso del agente policial, de intervenir, considerando que dicha potencial intervención contradictora satisfacía las exigencias del art. 6,1 y 6,3 d) CEDH (STEDH de 2 de julio de 2002 caso "*S.N*" contra Alemania).

Nuestro Tribunal Supremo, en aplicación de los principios de concentración, oralidad, inmediación, publicidad y contradicción que rigen la práctica de la prueba en el juicio oral el Tribunal Supremo reitera la exigencia general de comparecencia de los testigos y peritos al juicio oral para desvirtuar

la presunción de inocencia (SSTS de 30 de enero de 1992 (Rec. 947/88) y nº 777/2000 de 28 de abril).

La improcedencia o imposibilidad de asistencia del menor al juicio oral sea porque su participación en tal acto podría generarle daños psicológicos, sea porque por razón de su edad no va a poder narrar los hechos, sea por cualquier otra forma de imposibilidad o gran dificultad (fallecimiento, enfermedad grave, residencia en el extranjero...) puede suplirse a través de dos vías, que eventualmente serán complementarias: la preconstitución probatoria y la utilización de testigos de referencia.

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de junio de 2005 (caso “*Pupino*”) declaró que los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa *al estatuto de la víctima en el proceso penal*, han de interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional ha de poder autorizar que niños de corta edad que alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión Marco.

Las Sras/Sres. Fiscales, si por cuanto se ha dicho, apreciaran graves dificultades para la asistencia del testigo menor al juicio oral, deberán ponderar los derechos e intereses en juego, asumiendo al prescindir del testimonio en la vista oral y acudir a la preconstitución probatoria, la eventualidad de una sentencia absolutoria.

### **3.-1. Preconstitución probatoria**

#### 3.-1.1 Presupuestos habilitantes: generalidades.

Está comúnmente reconocido que los ritos procesales y la configuración de una sala de vistas no son el marco adecuado para que un menor de corta edad pueda testificar aportando información relevante sobre los hechos, tanto mas si el niño-testigo es además víctima de hechos graves. Un menor de corta edad no está en condiciones de testificar en el acto de la vista sobre hechos ocurridos años antes. Un menor de corta edad no puede asumir emocionalmente, conforme a los principios de la psicología evolutiva, los requerimientos de un interrogatorio contradictorio. Un menor de corta edad, en fin, está afectado profundamente en su desarrollo madurativo, de modo que es contraproducente obligarle en el juicio a reconstruir experiencias traumáticas ocurridas, desde su percepción temporal, en momentos muy lejanos.

La preconstitución de la prueba, conforme al art. 448 LECrim tiene como presupuestos habilitantes los supuestos en los que el testigo manifieste la imposibilidad de concurrir a juicio por haber de ausentarse de la Península, y cuando hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral.

En el ámbito del procedimiento abreviado, tras la reforma operada por Ley 38/2002, de 24 octubre, se ensanchan los presupuestos justificadores de la preconstitución probatoria. En efecto, el apartado segundo del art. 777 LECrim permite la preconstitución cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de Maltrato Infantil aprobado en el Pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que se valorará la posibilidad de que la declaración del menor se practique en fase de instrucción como prueba preconstituida, para evitarle efectos de victimización secundaria, en los casos en los que sea admisible, conforme a la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo.

### 3.-1.2. Requisitos necesarios con carácter general.

*Conforme al art. 448 LECrim el Juez instructor hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor, y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.*

*Conforme al art. 777.2 LECrim, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del art. 730.*



### 3.-1.3 Especialidades en la preconstitución de la testifical de un menor de edad.

Frente a lo propugnado por algún sector doctrinal, no se han establecido justificaciones específicas para la preconstitución de la testifical de un menor de edad. Esto no obstante, una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informan la LOPJM, debe llevar a admitir como presupuesto justificante el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral.

Para que esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico se baraje en la decisión de prescindir de la ratificación del testimonio del menor en el acto del juicio oral, debe estar debidamente acreditada en la causa, a través del correspondiente informe pericial o de cualquier otro medio probatorio (STS nº 332/2006 de 4 de marzo).

También podrá acudir a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse los Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda llegarse a la conclusión que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de recordar los hechos haya de resultar inútil.

Aunque es difícil dar pautas generales, pues el proceso de maduración depende de numerosas variables, los niños menores de seis años cuyo testimonio sea esencial deberán ser examinados con asistencia de especialistas, en un entorno adecuado y dando la posibilidad a la Defensa de formular -a través de terceras personas- cuantas preguntas pertinentes plantee.

En todo caso se procederá a la grabación de tal examen en presencia del Secretario Judicial. Las preguntas de la defensa deben pues transmitirse al encargado de dirigir el interrogatorio, sea el propio Juez, sea el Psicólogo.

El proceso de evolución madurativa de los niños de corta edad conlleva cambios muy notables en cortos lapsos de tiempo en cuanto a capacidades cognitivas y aptitudes de memoria. Puesto que no es infrecuente que el señalamiento del juicio oral tenga lugar en fecha muy posterior a la de la declaración sumarial, se comprende que la repetición en el juicio oral -además de la perturbación para el menor- genera problemas desde el punto de vista de la propia calidad de la declaración. El niño ha olvidado los hechos o los recuerdos que tiene ya no son de los hechos, sino del relato elaborado e influenciado por familiares, amigos, psicólogos etc., a su vez sometidos al filtro de su propia elaboración. En este sentido, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre refiere que cuando la víctima del delito es un menor “su percepción de los hechos no coincide necesariamente con la de una persona ya formada y además puede verse en cierto modo afectada por las circunstancias que le rodean desde su primera manifestación hasta el momento del juicio oral en que la prueba se practica ante el Tribunal, máxime cuando, como no es anormal, ha transcurrido un período dilatado de tiempo entre los hechos, su denuncia y su enjuiciamiento”.

Por otro lado, la declaración ante un Tribunal puede menoscabar la capacidad explicativa del menor, sobre todo si se aplica la técnica del interrogatorio cruzado con todo su rigor, circunstancia que conlleva para el niño un importante riesgo de bloqueo.

Ante estos supuestos, la preconstitución de la prueba se justifica no solo a fin de salvaguardar el superior interés del menor sino incluso, desde el punto de vista epistemológico, por ser el medio más adecuado en aras a la obtención

de la verdad material. En efecto, en estos casos, la preconstitución probatoria sometida al principio de contradicción y registrada audiovisualmente tiene beneficiosos efectos colaterales: el recuerdo de lo sucedido al ser más reciente tiene menos riesgos de estar elaborado e influenciado. La conclusión se refuerza en los casos de “olvido motivado”, por el que el menor tiende a olvidar aquellos sucesos que no desea recordar, sobre todo por los efectos negativos que éstos han tenido sobre el mismo.

Esta ampliación de la posibilidad de aplicar la preconstitución probatoria en supuestos en los que la citación del menor a juicio oral puede suponerle un grave perjuicio ha sido asumida por la jurisprudencia (SSTS nºs 626/2006, de 2 de junio y 1229/2002, de 1 de julio, 151/2007 de 28 de febrero).

En cuanto a las especialidades procedimentales en la preconstitución probatoria para un testigo menor, la Disposición Final 1ª tres de la LO 8/2006 de 4 diciembre añadió un nuevo párrafo al art. 448 LECrim conforme al que la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba. En la regulación de la preconstitución de la prueba, la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio introdujo la posibilidad de evitar la confrontación visual del menor testigo con el inculpado pero siempre subordinada al cumplimiento de dos presupuestos: previo informe pericial y resolución motivada. Tras la reforma 8/2006 imperativamente habrá de evitarse la confrontación visual, sin que exija el cumplimiento de ningún tipo de requisito.

Por tanto, aun cuando con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, esta exigencia, aún respetándose plenamente, puede matizarse para evitar

perjuicios a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples: utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales, todo ello en el entendimiento de que la indemnidad del derecho de contradicción exige que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y que se le permita formular preguntas al testigo menor, así como entrevistarse con el imputado para decidir la práctica de nuevas preguntas.

Por ello, aún con estas modulaciones, se respeta íntegramente el derecho que asiste al imputado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 7/1999, de 8 de febrero; 97/1999, de 31 de mayo y 131/1997, de 15 de julio), reconocido expresamente en el párrafo 3 del art. 6 CEDH como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del art. 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso “*Delta*”).

Incluso ya antes de la reforma legal, la STS nº 1177/2005, de 19 de octubre, consideraba suficiente para garantizar la contradicción que en la preconstitución probatoria de la declaración de un menor víctima de un delito de prostitución estuvieran los Letrados de los imputados aunque no estén los propios imputados.

Avanzando más, nuestro Tribunal Supremo ha afirmado recientemente que lo que exigen la normativa internacional y su propia jurisprudencia acerca de la contradicción como manifestación sustancial del derecho de defensa proclamado en el art. 24 CE, es que el letrado defensor del acusado haya tenido la oportunidad real de interrogar al testigo de cargo, bien en fase de instrucción, bien en el plenario. A tales efectos se considera cumplida esta garantía en un supuesto en el que “...el Juzgado de Instrucción proveyó la citación del testigo-

víctima al objeto de exploración del mismo sobre los hechos objeto de la denuncia, providencia que le fue notificada a la defensa del acusado, vía procuradora. A pesar de ello, la diligencia se llevó a cabo sin presencia del letrado defensor, por lo que la ausencia de éste debe reputarse voluntaria y de ninguna manera achacable al órgano jurisdiccional que había informado cumplidamente del objeto de tal exploración. Y, desde luego, no impuso trabas o inconvenientes ninguno a la comparecencia del Abogado defensor a tal diligencia en la que hubiera podido interrogar al testigo..." (STS nº 666/2008, de 21 de octubre).

Un supuesto claro de validez de la preconstitución probatoria se expone en la STS nº 626/2006, de 2 de junio: la víctima de los hechos enjuiciados -una niña de tres años de edad- "no prestó declaración en el plenario, lo que fue denunciado por la defensa", no obstante lo cual, el Tribunal entiende "que tal vicisitud no impide la reconstrucción probatoria" reflejada en el "factum", considerando que, pese a ello, se respetó el derecho de defensa del acusado y el derecho de contradicción, que, "no se agota ni se manifiesta exclusivamente en el plenario" "la menor víctima tenía tres años cuando ocurrieron los hechos", "lo que implica una notable dificultad descriptiva de los mismos que incluso podía calificarse de potencial incapacidad (...) para asumir la condición de testigo, en los términos exigidos por la LECrim. (art. 417.3º)"... ello no obstante, el Juez de Instrucción llevó a cabo la "exploración" de la menor, con intervención de "todas las partes" (entre ellas, lógicamente, el Letrado del acusado)...de la anterior diligencia se levantó el correspondiente acta "cuyo contenido fue introducido en el plenario a instancia de la acusación particular"....teniendo en cuenta que "concurría un riesgo cierto de victimización secundaria", (el juicio se celebró transcurridos siete años desde tuvieron lugar los hechos enjuiciados).

En el mismo sentido se decanta la STS nº 151/2007 de 28 de febrero al admitir la preconstitución probatoria de las declaraciones de una niña de tres

años víctima de abuso sexual, cuya grabación fue visionada en el acto del juicio oral.

En definitiva, la jurisprudencia ha asumido plenamente que es posible “una interpretación finalística del artículo 730 LECrim., con invocación expresa de la Ley orgánica 1/1996, de protección del menor” (vid. STS nº 626/2006, de 2 de junio).

En este marco normativo y jurisprudencial, siempre en aras de la mayor efectividad de los derechos de defensa del acusado y de reducir sus posibles restricciones al mínimo imprescindible, las Sras/Sres. Fiscales cuidarán, cuando decidan prescindir del testimonio del menor en el acto del juicio oral y utilizar la prueba preconstituida, que tal opción esté avalada por un dictamen pericial que desaconseje la declaración del menor por ser susceptible de causarle graves perjuicios (vid. STEDH de 10 de noviembre de 2005, caso “*Bocos-Cuesta*” contra Holanda).

La conveniencia de la preconstitución probatoria habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

#### 3.1.4. Requisitos formales

La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndose así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras/Sres. Fiscales interesar su reproducción en juicio.

En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/video, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado. La

STS nº 332/2006, de 14 de marzo declara al respecto que el visionado y audición de las cintas, -en defecto de la percepción directa del testimonio de la víctima- resultan “fundamentales e imprescindibles para poder comprobar el contenido y sentido de las manifestaciones inculpatorias en su caso, efectuadas por la menor, y para calibrar si la técnica utilizada por la psicóloga fue correcta en sus entrevistas estructuradas o no, evitando cualquier género de sugestión incompatible con las exigencias procesales (ex arts. 439,709 y concordantes de la LECrim) garantizadoras de la espontaneidad de todo testimonio”.

Las Sras/Sres. Fiscales deberán evitar en estos casos la utilización de la fórmula “por reproducida”, pues la omisión de la efectiva reproducción en el plenario ha dado lugar a la revocación de sentencias condenatorias. Sentencias del TC como las nº 82/1992 de 28 de mayo y 280/2005 de 7 de noviembre o Sentencias del TS como la nº 332/2006 de 4 de marzo, han declarado la vulneración de los derechos de defensa y contradicción ante la ausencia de reproducción efectiva de la prueba (lectura o visionado al amparo del art. 730 de la LECrim) en el juicio oral.

### **3.2 Posibilidad de utilizar testimonios de referencia como prueba de cargo.**

Con carácter general el art. 710 LECrim autoriza el testimonio de referencia, si bien exigiendo al testigo de esta clase que precise el origen de la noticia. Como se ha dicho, este tipo de prueba no es rechazable de plano, porque, no excluida su validez por la Ley salvo en las causas por injuria o calumnia vertidas de palabra, no siempre es posible obtener la prueba original y directa.

Como resume la STS nº 124/2002 de 6 de febrero: "No puede olvidarse que nuestro sistema procesal admite de manera expresa la figura del testigo de

referencia al aludir a él en el art. 710 de la LECrim, en el que distingue entre testigos directos y de referencia, exigiendo, respecto de estos últimos, que no sólo den razón y explicación satisfactoria de lo que conocen y manifiestan sino que precisen el origen de la noticia, designando con su nombre y apellido o con las señas con que fuera conocida a la persona que se la hubiere comunicado. De esta manera, el testimonio de referencia puede ser elemento valorable, máxime si concurre con otros factores indiciarios de indudable estimación, para integrar la prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia. Como pusieron de relieve las Sentencias de 18 de julio y 5 de diciembre de 1994 y la de 19 de enero de 1996, el supuesto de imposibilidad material de comparecencia del testigo directo por fallecimiento del mismo es el más caracterizado de los que la jurisprudencia estima como justificativos para entrar en la apreciación del testimonio referencial, siempre a valorar por el Tribunal sentenciador”.

En el mismo sentido se declara la validez de los testigos de referencia cuando se haya acreditado la imposibilidad de acudir al testimonio del testigo directo. Concurriendo dicha imposibilidad el testigo de referencia puede válidamente constituir prueba de cargo suficiente para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia y fundamentar una sentencia condenatoria, mientras que en aquellos supuestos en que no concurren las circunstancias mencionadas será una prueba más a valorar por el Tribunal junto con las demás que se hayan producido en el acto del juicio oral. Por sí sola no será suficiente generalmente para desvirtuar la presunción de inocencia. (SSTS nº 697/2006, de 26 de junio, nº 516/1996, de 12 de julio y nº 187/1997, de 10 de febrero).

La doctrina general del Tribunal Constitucional sobre esta modalidad probatoria podría sintetizarse en los siguientes términos: “el testimonio de referencia, como prueba admisible en derecho ha sido, a su vez, reconocido explícitamente por este Tribunal, como medio apto para desvirtuar la presunción



de inocencia (SSTC nº 131/1997, de 15 de julio, nº 217/1989), si bien con reservas en la medida en que “la regulación de la ley responde, como tendencia, al principio de inmediación de la prueba, entendiéndose por tal la utilización del medio de prueba más directo y no los simples relatos sobre éste” (SSTC nº 35/1995, de 6 de febrero, nº 217/89). De ello deriva que, “en la generalidad de los casos, este Tribunal haya calificado dicho medio de prueba como poco recomendable”, pues “en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y el dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso”; por ello, se admite, aunque con la precisión de que la prueba testifical indirecta no puede llegar a desplazar o sustituir totalmente a la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada del juicio oral (SSTC nº 217/1989, 303/1993, 79/1994 y 35/1995). Concretamente, la STC nº 146/2003, de 14 de julio establece que “el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como se ha declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia”.

En determinados supuestos, especialmente cuando nos encontremos ante delitos contra la libertad sexual y en los que la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria. En tales casos y siempre que concurren determinadas circunstancias, podrá acudirse al testimonio de referencia de los padres o terceras personas.

Por supuesto, al acudir a este tipo de prueba, las Sras/Sres. Fiscales tendrán presente su carácter excepcional y subsidiario, así como las pautas que proporciona la jurisprudencia sobre sus presupuestos de validez y su eficacia limitada (SSTC 209/2001 de 22 de octubre, 263/2005 de 24 de octubre y

324/2005 de 12 de diciembre y SSTS nºs 139/2000 de 31 de enero, 335/2000 de 6 de marzo, y 332/2006, de 4 de marzo). En particular atenderán a la necesidad de acompañar el testimonio de referencia de ratificaciones, siquiera periféricas, procedentes de otras fuentes, directas o indirectas, de prueba (SSTS nº 534/1999 de 26 de marzo, 902/2001 de 21 de mayo y 124/2002 de 6 de febrero).

Es ilustrativo el caso analizado por la STS nº 429/2002, de 8 de marzo en relación con una víctima de tres años. Los argumentos de esta sentencia para admitir y valorar el testimonio de referencia inciden sobre el modo convincente con el que el Tribunal de Instancia explicó los motivos por los que creyó en la veracidad de las declaraciones de los padres de la menor -no trataron de magnificar lo ocurrido, procuraron cerciorarse de la realidad del hecho, sólo denunciaron cuando se lo aconsejaron los especialistas que habían reconocido a su hija, tuvieron buen cuidado en que ésta olvidase el atentado anteponiendo los intereses de la menor al deseo de acumular pruebas contra el acusado, no tenían anteriormente animadversión alguna contra el mismo, mantuvieron sin cambios a lo largo del proceso la versión que inicialmente dieron de los hechos, etc.-, así como los motivos por los que tuvo por ciertas las manifestaciones que a sus padres hizo la niña -la espontaneidad de la comunicación, los gestos de que fue acompañada, su precisa significación, la coincidencia entre determinadas circunstancias que, según la menor, rodearon y facilitaron el hecho y las admitidas por el acusado, el respaldo que su credibilidad recibió de la prueba pericial psicológica ratificada y celebrada en el juicio oral, etc.- todo lo cual autoriza a hablar de la apreciación racional de un conjunto probatorio válidamente obtenido, practicado con todas las garantías inherentes al plenario y cuya valoración incumbía al Tribunal de instancia.

Conforme a la STS nº 697/2006, de 26 de junio la cuestión se centra en primer lugar en si existió posibilidad de obtener la declaración del testigo directo.

Se trataba también de una niña, de unos tres años cuando ocurren los hechos y de unos cinco en el momento del juicio. El intento de exploración en el juicio oral fracasó ante su negativa a relatar lo sucedido y a realizar cualquier clase de manifestación, tal como se hizo constar en el acta y se refiere en la sentencia. Es claro que la menor era inmune a una eventual coacción legítima derivada de la obligación de declarar (artículo 420 de la LECrim), dado que su edad la imposibilitaba para entender la obligación o la conveniencia de declarar sobre lo sucedido y las eventuales consecuencias de todo tipo de su actitud. De otro lado, las necesidades derivadas de la protección de la menor desaconsejaban acudir a cualquier clase de maniobra para modificar su voluntad ya expuesta con claridad en contra de realizar alguna manifestación sobre los hechos. Por lo tanto, puede afirmarse que en esas condiciones era imposible o al menos extremadamente difícil obtener su testimonio. Siendo así, nada impide que se acuda al testimonio de referencia. Las declaraciones de la pediatra y del perito psicólogo, en cuanto descartan la existencia de fabulaciones en la menor, afirmando que a los tres años no es posible la elaboración de fantasías de contenido sexual, así como el examen del resto de las pruebas que excluyen otras posibles fuentes de conocimiento sobre los hechos de la clase de los que la menor relató a los testigos referenciales, actúan como elementos de corroboración de las declaraciones de éstos.

En esta línea, para nuestro Tribunal Supremo en los casos en que se trata de niños muy pequeños o fuertemente traumatizados según opinión médica, que aparecen como víctimas de delitos contra la libertad o indemnidad sexuales, deben tenerse en cuenta de forma racional las posibilidades que la Ley y la jurisprudencia contemplan en orden a la utilización, como prueba de cargo, de los testimonios de referencia, haciendo compatibles las garantías del acusado, especialmente las conectadas al derecho a la prueba, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, con la defensa e indemnidad de los derechos de los menores, pues la protección de éstos exige

evitar que sean sometidos a diligencias que puedan resultar seriamente perjudiciales para su equilibrio, en la medida de lo racionalmente posible.

La STS nº 626/2006, de 2 de junio considera admisible el recurso al testigo de referencia en un caso en el que la víctima es una niña de tres años incapacitada para declarar por falta de discernimiento. La STS nº 1229/2002, de 1 de julio también admitió la posibilidad de sustituir la declaración testifical de una menor con graves secuelas psicológicas como consecuencia del hecho delictivo por la declaración de los testigos de referencia.

En efecto, debe recordarse que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º).

En este sentido el Tribunal Supremo ya ha declarado que debe acreditarse adecuadamente y valorarse la posible incapacidad para declarar derivada de la corta edad de las víctimas, conforme al artículo 417.3 de la LECrim, (SSTS nº 697/2006, de 26 de junio, 469/2004 y 429/2002).

Con relación específica a testimonios de referencia y menores la doctrina del Tribunal Supremo ha sido validada por nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 41/2003, de 27 de febrero, en la que con cita de las SSTC nº 79/1994, de 14 de marzo, nº 68/2002, de 21 de marzo y nº 155/2002, de 22 de julio, se declara que "el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal", lo que resultaría aplicable en el presente caso, en el que la víctima es una niña de corta edad (dos años y medio de edad en la fecha que ocurrieron los hechos), incapacitada para declarar por falta de discernimiento (art. 417.2). En la misma línea, SSTC nº 209/2001, de 22 de octubre y nº 219/2002, de 25 de noviembre.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque ha declarado con rotundidad el derecho de todo acusado a interrogar a los testigos directos (Sentencias de 19 de diciembre de 1990, caso "*Delta*"; 19 de febrero de 1991, caso "*Isgró*"; 26 de abril de 1991, caso "*Asch*" o 20 de septiembre de 1993, caso "*Saidi*"), ha otorgado "suficiencia probatoria para destruir la presunción de inocencia a la prueba testifical indirecta relativa a la declaración del policía especializado que interrogó al menor víctima del abuso sexual", al haber dispuesto de una "potencial intervención contradictora (que) satisfacía las exigencias del artículo 6.1 y 6.3 d) CEDH " (vid. STEDH de 2 de julio de 2002). También se ha admitido la validez de los testimonios de referencia para desvirtuar la presunción de inocencia en supuestos como los analizados por las SSTEDH de 13 de octubre de 2002, caso "*Bracc*" c. Italia; de 7 de junio de 2005 caso "*Jerino*" c. Italia; y de 13 de mayo de 2004 caso "*Chifari*" c. Italia, en base a que el Tribunal dispuso de otros elementos de prueba, aunque fueran secundarios.

En estos casos de utilización de testigos de referencia, con el fin de respetar la preeminencia en el proceso penal de las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, "los Tribunales deben ser muy rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias que justifican la sustitución de unos testimonios por otros, sino también en la crítica de los referenciales y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito" (STS nº 1229/2002, de 1 de julio).

Esta misma exigencia de rigor en la ponderación de las circunstancias que obligan a acudir al testimonio de referencia y en el análisis de su contenido racionalmente incriminatorio y su posible eficacia como prueba de cargo, incumbe lógicamente al Ministerio Fiscal, como defensor objetivo de la legalidad y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### **4.- EL SOBRESEIMIENTO DE LAS ACTUACIONES POR FALTA DE PRUEBA EN CAUSAS POR DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

Partiendo de la capacidad de los menores de edad para prestar válidamente testimonio en el proceso penal y de la habilidad del mismo para destruir el derecho a la presunción de inocencia (vid. *Infra*, epígrafe 9), cuanto se ha dicho hasta ahora evidencia que los casos en los que la víctima es menor presentan dificultades sobreañadidas a los habituales problemas para obtener pruebas racionalmente incriminatorias y esclarecer los hechos. Estas dificultades se intensifican cuando la edad de la víctima es muy corta y alcanzan niveles máximos cuando se trata de delitos contra la libertad sexual de los que el menor es testigo único, y especialmente cuando tales delitos se denuncian en situaciones de grave crisis familiar.

En estos supuestos, el esclarecimiento de los hechos y el castigo del culpable es fundamental, mucho mas importante que en otros tipos delictivos, tanto por razones de prevención general, como por motivos de prevención especial, ya que los autores de estas conductas rara vez lo son con carácter ocasional, por lo que el riesgo de que vuelvan a actuar sobre las mismas u otras víctimas suele ser alto.

Pero ni siquiera el evidente interés general en la averiguación y sanción de estos comportamientos, permitirá forzar al sistema penal a exprimir sus posibilidades hasta el punto de hacer *tabula rasa* de las garantías de los imputados por estos delitos o de olvidar las exigencias del derecho a la presunción de inocencia. Por ello habrá supuestos en los que, ponderados rigurosamente todos los intereses en conflicto y valorada adecuadamente la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, la opción correcta sea la de interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

En este sentido establece nuestro Alto Tribunal que el derecho constitucional a la presunción de inocencia es la primera y principal garantía que el procedimiento penal otorga al ciudadano acusado. Constituye un principio fundamental de la civilización que tutela la inmunidad de los no culpables pues en un Estado Social y Democrático de Derecho es esencial que los inocentes estén en todo caso protegidos frente a condenas infundadas, mientras que es suficiente que los culpables sean generalmente castigados. La condena de un inocente representa una quiebra absoluta de los principios básicos de libertad, seguridad y justicia que fundamentan el contrato social y es por ello por lo que el derecho constitucional a la presunción de inocencia constituye el presupuesto nuclear de todas las demás garantías del proceso (SSTS n°s 832/2000, de 28 de febrero, de 22 de abril de 1999, de 29 de diciembre de 1997 y de 23 de marzo de 1999).

Cuando las Sras/Sres Fiscales opten por interesar el sobreseimiento de la causa, tras ponderar los intereses en conflicto y las dificultades para obtener una prueba racionalmente incriminatoria, a fin de garantizar al máximo el acierto de estas decisiones, deberán plasmarlas siempre en informe suficientemente motivado y sometido al régimen de visado previo.

## **5.- DECLARACIÓN DEL MENOR VÍCTIMA EN EL JUICIO ORAL: ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS APLICABLES**

Desde la psicología se han aislado los siguientes factores estresantes que puede generar el acto del juicio para un menor: 1) permanecer solo en el lugar destinado a los testigos; 2) la proximidad del abogado defensor y la posibilidad de llegar a ser acusado de mentir; 3) la posición en un lugar elevado de los actores del proceso; 4) el público asistente; 5) las togas de los intervinientes; 6) el que se le exija hablar en alto; 7) la utilización de un

vocabulario legal ininteligible, especialmente cuando son examinados por el abogado de la defensa; 8) la presencia del acusado.

Para contrarrestar estos factores estresantes debieran promoverse las siguientes prácticas: 1) procurar que el menor sea el primero en declarar, evitando esperas en la puerta de la sala de juicios; 2) celebrar el juicio a puerta cerrada; 3) separar al menor del acusado o tomarle declaración en otra sala, o evitando la visión directa con mamparas; 4) proporcionarle compañía durante la declaración (psicólogo o familiar), sobre todo para niños más pequeños; 5) utilizar un lenguaje comprensible; 6) suprimir el uso de togas durante la declaración del menor y 7) permitir que declaren sentados.

Efectivamente, según la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Juvenil (1999) cuando el niño o niña tiene que testificar, se pueden tener consideraciones especiales para reducir su estrés tales como el uso del video, realización de pausas, la exclusión de espectadores o la opción de no tener que mirar al acusado.

El punto nº 30 de la *Guía sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos*, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas sugiere que se tengan en cuenta la posibilidad de recesos durante el testimonio del menor, que las audiencias se señalen en momentos del día apropiados para la edad y madurez del menor y el establecimiento de un sistema adecuado de notificación para asegurar que el menor va al Juzgado solo cuando sea estrictamente necesario.

Es importante insistir en que la justificación de este tipo de medidas no reside exclusivamente en la necesidad de preservar el interés del menor sino también la de obtener la máxima calidad en el testimonio. La psicología ha



demostrado que a menor estrés del menor testigo, mayor calidad en su declaración.

Es preciso analizar tres cuestiones: 1) cuándo puede acordarse la limitación de la confrontación visual 2) en qué consiste la evitación de la confrontación visual y 3) qué medios técnicos pueden utilizarse para lograr tal objetivo manteniendo la indemnidad de los derechos del acusado a la inmediación y contradicción y por ende, la validez de la prueba.

Para responder a tales interrogantes debe tenerse presente que tras la reforma operada por LO 14/1999 de 9 junio, el art. 707 LECrim permitía, potestativamente en casos de testigo menor de edad que el Juez o Tribunal en interés del menor y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordara que el interrogatorio se llevara a cabo evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual.

La Reforma 8/2006 modifica este precepto cuyo párrafo segundo establece ahora que *“la declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”*. Esta disposición se impone con independencia de que el menor sea víctima y sin necesidad de aportar ningún tipo de informe psicológico.

De este modo, en relación con los testigos menores ya no será aplicable el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 6 de octubre de 2000, en el que se exigía al Tribunal una motivación razonable de la decisión de impedir la visualización del testigo por parte del acusado en el juicio oral, conforme al apartado b) del art. 2 LO 19/1994.

Esta Reforma consagra la distinción entre la contradicción (imprescindible) y la confrontación entre testigo menor y acusado (evitable). La contradicción exige que el acusado por medio de su Letrado interroge al testigo menor, pero no implica la confrontación directa, ni verbal ni visual con el acusado.

La declaración del testigo en el acto del juicio sin la presencia del acusado no es contraria a la noción de proceso equitativo, si se obtiene en presencia del abogado que le representa y éste se encuentra en condiciones de proteger sus intereses, cuando concurra causa justificada, incluyendo como tal la necesidad de proteger a los testigos (vid. STEDH de 26 de marzo de 1996, caso "*Doorson*" vs Países Bajos). También en la STEDH de 4 de noviembre de 2003, caso "*Bellerín*" contra España, se considera que los intereses de los testigos y víctimas llamados a declarar quedan amparados por el art. 8 CEDH, de tal manera que los Estados deben organizar su procedimiento penal de forma que dichos intereses no peligren indebidamente. Los principios del proceso justo o equitativo exigen que se sopesen los intereses de la defensa y los de los testigos o de las víctimas llamadas a declarar. Las razones invocadas por el Magistrado-Presidente para disponer el modo de desarrollo de la prueba, consistentes en proteger la salud mental y la serenidad del niño son calificadas por el TEDH como pertinentes y suficientes. Por otro lado, no se produjo ninguna vulneración del art. 6.3.d) CEDH pues en todo momento el letrado del demandante tuvo la posibilidad de preguntar al testigo menor, así como la posibilidad de comunicar con el demandante durante el interrogatorio. Por todo ello, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH puede concluirse con que el principio de contradicción no exige que el acusado esté presente durante el interrogatorio del testigo cuando concurren razones que justifiquen dicha ausencia. Tampoco requiere que se le permita interrogar directamente al acusado, siempre que haya tenido la posibilidad de interrogar a través de su letrado.

Por tanto, en los casos en los que sea factible la presencia del testigo menor en el juicio oral, la Ley quiere que su declaración tenga lugar siempre -con independencia de la edad del menor, sea el mismo víctima o simple testigo y cualquier que sea el delito sobre el que deponga- con un *plus* de garantía, con el objetivo de evitar la confrontación visual con el inculpaado y permitiendo para ello que la prueba se practique por medio de cualquier medio técnico que la haga posible.

Por lo demás, esta previsión, ahora ya con rango legal, había sido admitida con anterioridad por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en su STC nº 64/1994, de 28 de febrero declaraba que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo contrario a las exigencias derivadas del art. 6 CEDH; por lo que, por el contrario, en aquellos casos en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de "oculto" (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos -tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado- resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3º d) CEDH (en el mismo sentido, ATC nº 269/1994, de 17 octubre). También la STS nº 191/1995, de 14 febrero declaraba que "si bien es cierto que en esos casos hay una restricción en relación con el principio de publicidad que rige para las sesiones del juicio oral, no se produce infracción procesal relevante porque quedan debidamente respetados los principios de oralidad, contradicción, igualdad de armas, defensa e inmediatez propios del mencionado acto solemne del plenario, pues, a la vista del Tribunal y de los defensores de las partes, se interrogó a los testigos".

En cuanto a qué tipo de medios técnicos pueden utilizarse, deben entenderse incluidos cualesquiera medios técnicos o audiovisuales.

La LO 8/2006, de 4 de diciembre tras la expresión "*gravosa o perjudicial*" del art. 731 bis de la LECrim, ha añadido el inciso "*y, especialmente, cuando se trate de un menor*".

Por ello, una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente - *ope legis*-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

Debe además recordarse que ya la Instrucción 1/2002, de 7 de febrero, *acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia* hacía mención a la posibilidad de usar la videoconferencia para evitar confrontaciones visuales a menores. También la Instrucción 3/2002, de 1 de marzo, *sobre actos procesales que pueden celebrarse a través de videoconferencia* tras advertir que *la videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurren circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares, declaraba que mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los arts. 9.1 y 11.2 d) de la LO 1/1996, de 15 de enero, las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad.*

En el mismo sentido, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama en su punto nº 26 que el menor de edad tiene derecho a que su comparecencia ante los órganos judiciales tenga lugar de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho podrán utilizarse elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares.

Lógicamente la utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, pero para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o personas que le acompañen para prestarle apoyo, y pueda ser visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los representantes de las partes.

El Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente el “acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos” (vid. STS nº 1169/2000, de 30 de junio).

La STS nº 651/2000, de 5 de abril aceptó la declaración de los testigos menores fuera de la sala de vistas, en el despacho del Juez de lo Penal, con la asistencia del Ministerio Fiscal y del Abogado defensor, los cuales pudieron interrogar a tales testigos. En la misma línea, la STS nº 1123/2000, de 26 de junio, admite la validez de la testifical llevada a cabo en las proximidades de la sala de vistas, en donde se hallaba el acusado, quien pudo ver por circuito cerrado de televisión el desarrollo de la prueba.

También se ha admitido la declaración desde el umbral de la puerta de acceso a los estrados de la Sala de vistas (vid. SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, nº 1398/1994, de 8 de julio), aunque estos procedimientos no resultan

recomendables, siendo preferible acudir a la utilización de mamparas o los medios técnicos anteriormente reseñados.

El Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que en caso de no ser procedente la preconstitución probatoria y, por tanto, cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral de existir oficina de atención a la víctima se informará a la misma de la fecha y hora del juicio, a fin de que preste auxilio, informe y, en su caso, acompañe al menor y a su familia. Como regla general, en los casos en los que el menor esté tutelado, será acompañado por un educador del correspondiente centro.

## **6.- PAUTAS EN RELACIÓN CON CAREOS**

El art. 455 LECrim en su párrafo último, añadido por la LO 14/1999 de 9 junio dispone que no se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial.

Por ello, ni en fase de instrucción ni en fase de enjuiciamiento habrá de utilizarse esta diligencia en relación con menores sino cuando simultáneamente concurren los dos presupuestos: 1) imprescindibilidad 2) informe pericial acreditativo de que no va a ser lesivo para el interés del menor testigo.

## 7.- OTROS MECANISMOS PROTECTORES DEL TESTIGO MENOR

Pueden eventualmente devenir aplicables los mecanismos de protección que ofrece la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, *de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales* pues su presupuesto aplicativo es el de que "la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella o sus descendientes o hermanos" (art. 1.2). Obviamente y como apunta la STS 899/1999, de 2 de junio, este presupuesto bien puede darse ante la declaración de un menor.

El peligro grave para la persona no necesariamente ha de ser proyectado hacia la integridad física, pudiendo serlo también de tipo psicológico o moral. Además, a la hora de interpretar el requisito del peligro grave, la minoría de edad del testigo debe modular su radio, de modo que una situación no generadora de riesgo para un adulto puede implicarlo respecto de un menor, teniendo en cuenta el mayor desvalimiento inherente al mismo.

Son en este punto aplicables las prevenciones de la LO 19/1994 en cuanto a la prohibición de tomar imágenes de testigos (art. 3.1) y las de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, *de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*, en cuanto que conforme al art. 15.5 el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto en la legislación procesal.

Específicamente en relación con los menores, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia proclama en su punto nº 28 que el menor de edad tiene derecho a que las autoridades y funcionarios de la Administración de

Justicia guarden la debida reserva sobre las actuaciones relacionadas con ellos, que en todo caso deberán practicarse de manera que se preserve su intimidad y el derecho a su propia imagen. El art. 4.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, reputa intromisión, “cualquier utilización de su imagen o nombre en los medios de comunicación. que sea contraria a sus intereses.” (vid. Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, *sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores* e Instrucción 8/2005, de 26 de julio, *sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal*).

Por último también debe recordarse la necesidad de un riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad. El punto nº 20 a) de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas también incide en esta necesidad de información.

## **8.- PAUTAS GENERALES SOBRE INTERROGATORIOS A MENORES**

La Recomendación de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal* tras subrayar que el interrogatorio de las víctimas deberá hacerse con respeto a su situación personal, derechos y dignidad, aconseja que los niños sean interrogados en presencia de padres, tutor o persona cualificada para asistirles.



El punto nº 13 de las “Pautas sobre Justicia en causas relativas a niños víctimas y testigos de delitos” propone que a fin de evitar perjuicios adicionales al menor, los interrogatorios, exámenes y otras formas de investigación deben estar conducidos por profesionales formados, que procedan de manera sensible, respetuosa y cuidadosa.

En este marco, las Sras/Sres. Fiscales habrán de tratar de mitigar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente -en la medida de sus posibilidades- habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Estas medidas amortiguarían el que se considera uno de los primeros agentes inductores de tensión en el testigo infantil, la demora entre los hechos y el momento de testificar y la ansiedad que provoca la espera en los pasillos -con frecuencia inhóspitos- de los edificios judiciales. En efecto, sigue siendo una práctica frecuente la de señalar los juicios mas complejos (una causa por delito contra la libertad sexual de un menor lo es) los últimos de la mañana, por lo que pueden producirse importantes retrasos en la hora de inicio, con el consiguiente nerviosismo en el menor y perturbadores efectos para su intervención durante el juicio oral.

Aunque los señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras/Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de Otrosí, podrán interesar que se señale la causa en primer lugar, invocando las razones expuestas y el superior interés del menor.

En relación con este punto, el Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 dispone que cuando el menor deba declarar en el acto del juicio oral, éste “se señalará en primer lugar”.

Por otra parte, cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (v.gr. cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación las Sras/Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

Los interrogatorios a menores deben estar presididos por la necesidad de infundirles confianza, impidiendo simultáneamente que se les asuste, partiendo de que la intimidación puede paralizar sus facultades amnésicas y de que el niño puede experimentar episodios de nerviosismo, vergüenza o bloqueo ante las personas que no conoce.

Por ello, deberán las Sras./Sres. realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño. En este punto, el Protocolo de 22 de noviembre de 2007 dispone que se evitarán formalismos que puedan perturbar al menor, utilizando un lenguaje adecuado a su nivel de comprensión.

La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, aunque no garantice una declaración completa. Por ello es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiendo al menor que conteste sólo

sobre lo que recuerde. Resumiendo, podríamos decir que debe recurrirse en inicialmente a la forma narrativa e intentar luego, progresivamente, preguntas mas estructuradas.

Las preguntas nunca deberán contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. En ocasiones será preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a proporcionar detalles, se incrementa el riesgo de que incorpore a su declaración elementos irreales.

No ha de olvidarse que el grado de sugestión que pueda tener una pregunta depende no sólo de su estructura gramatical y semántica sino del tono y de la autoridad del interrogador. Se evitará por ello, sobre todo en edades tempranas, lo que ha venido en llamarse “sugestión por coacción implícita” que genera en el niño confusión entre lo que se quiere que él diga o piense y lo que efectivamente piensa o quiere decir. Es frecuente que el niño trate de comprender qué desea el interrogador que diga, especialmente cuando se ve dominado por la seguridad del adulto, de modo que puede someterse con facilidad a la afirmación de la persona que le interroga, sin darse cuenta que anteriormente pensaba de forma distinta. La tensión que genera en un menor la declaración ante la Policía, el Juez, el Fiscal u otras autoridades puede poner en marcha un mecanismo de defensa que hace que el niño esté menos atento al objeto del interrogatorio y más pendiente del sujeto activo del mismo, al que trata de satisfacer para que cese la situación estresante.

Las Sras/Sres. Fiscales atenderán a estas consideraciones en su interrogatorio y procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo. Como establece el Tribunal Supremo, “en el caso de agresiones

sexuales debe extremarse la sensibilidad en cuanto las manifestaciones de las víctimas menores, les hace revivir públicamente acontecimientos que han impactado necesariamente sobre su equilibrio psicológico y emocional. Es necesario extremar la delicadeza en la selección y admisión de las preguntas pertinentes, evitando las que sean innecesarias en relación con el objeto del proceso y rechazando, como es lógico, todas aquellas que tratan de menoscabar su dignidad o que busquen impactar al menor, haciéndole perder la necesaria estabilidad psíquica en la prestación de su testimonio". (SSTS nº 673/2007, de 19 de julio, 706/2000 de 26 de abril). Las preguntas deben indagar sobre hechos y no sobre las razones del comportamiento del testigo o de la víctima y menos aun, cuando tales indagaciones atentan a la dignidad de ésta (STS nº 673/2007, de 19 de julio).

Al efecto de preservar tanto la indemnidad de los menores como la calidad de su testimonio, podrá valorarse la conveniencia de solicitar la colaboración de psicólogos a fin de obtener asesoramiento en orden a atemperar los efectos de la victimización secundaria en los menores. El estrés que puede derivarse del proceso para el menor testigo debe -cuando sea necesario- ser paliado con la intervención de expertos que le aclaren determinados puntos -previa visita a las instalaciones judiciales o la explicación de lo que se espera de él- y que orienten a los operadores sobre la forma de dirigirse al mismo. Los niños necesitan saber exactamente qué ocurrirá en el juicio y qué es lo que se espera de ellos.

También en su caso las Sras/Sres Fiscales promoverán la celebración de los juicios a puerta cerrada. Aquí, el referido Protocolo subrayaba que a la hora de decidir si las sesiones se practican con publicidad o a puerta cerrada se tendrán especialmente en cuenta las necesidades del menor víctima, teniendo siempre presente lo dispuesto en el ya citado art. 9.1 LOPJM.

## **9. VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO MENOR DE EDAD**

El punto nº 18 de la Guía sobre Justicia en asuntos concernientes en niños víctimas y testigos de delitos, aprobada por la Resolución 2005/20 ECOSOC-Naciones Unidas establece que la edad no debería ser una barrera al derecho del niño a participar plenamente en el proceso judicial. Todos los niños debieran ser tratados como testigos capaces sometidos a examen y su testimonio no debiera presumirse inválido o tratado con desconfianza por la sola razón de la edad siempre que su desarrollo mental permita la observación de hechos y su transmisión inteligible a terceros, con o sin ayudas o asistencias.

Pese a que el Tribunal Supremo parte de la dificultad probatoria que se presenta en los delitos contra la libertad sexual por la forma clandestina en que los mismos se producen (SSTS nº 597/2008, de 1 de octubre, nº 317/2008, de 27 de mayo; nº 173/2004, de 12 de febrero), la consideración como prueba de cargo del testimonio prestado por el impúber ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como por la del Tribunal Supremo (vid. STC nº 44/1989 de 20 de febrero y SSTS nºs 732/1997, de 19 de mayo, de 28 de octubre de 1992, de 16 de enero de 1991, y de 18 de septiembre de 1990) y ello aunque sea el único testigo (SSTS nº 379/1997, de 23 de marzo, 23 de mayo de 1996 y 23 de mayo de 1995). En principio, la circunstancia de que el testigo sea menor de edad en absoluto empece a que su testimonio constituya prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (STS nº 108/2005, de 31 enero) dado que en el proceso penal "basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo en base a simples percepciones sensoriales" que el menor puede perfectamente transmitir (STS nº 1600/2000, de 20 octubre). La declaración inculpativa de un menor, incluso afectado de retraso mental, es perfectamente apta para ser valorada por los jueces y, en su caso, destruir la presunción de inocencia de quien resulta inculpativo en ellas, porque esos

factores del deponente no son óbice para su eficacia como elemento probatorio, a no ser que existan y se acrediten razones objetivas que invaliden sus manifestaciones o provoquen dudas en el juzgador que le impidan formar su convicción, incluido el aspecto de la credibilidad, cuya valoración corresponde al Tribunal de instancia (STS nº 175/2008, de 14 de mayo).

También en relación con menores objeto de agresión sexual el Tribunal Supremo ha declarado que en estos casos el menor “no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado o dependiente de un proceso mental de racionalidad previa, sino que transmite literalmente hechos que pueden ser base para la fijación histórica de lo ocurrido, siendo facultad exclusiva del Tribunal de instancia, en base a la inmediación, la valoración de aquel testimonio, pero cuando se trata de menores de muy corta edad -en este caso tres años y medio- con desarrollo aún muy inmaduro de su personalidad, con resortes mentales todavía en formación que pueden incidir en la forma de narrar lo sucedido, de manera que puedan incurrir en fabulaciones o inexactitudes, su credibilidad debe ser cuidadosamente examinada por el elevado número de errores que pueden contener, por la reducida capacidad cognitiva-léxica en ese periodo evolutivo y por la elevada posibilidad de que el recuerdo pueda verse inferido por conocimientos, emociones o influencias posteriores a los sucesos” (STS nº 1031/2006, de 31 de octubre).

En ocasiones el Tribunal Supremo valora especialmente, en orden a utilizar la declaración de los menores el informe psicológico ante niños de corta edad a fin de evaluar la posibilidad de fabulación (SSTS de 5 de diciembre de 1994, 13 de abril de 1998, 1 de junio de 1990, 10 de diciembre de 1990, 13 de abril de 1991, 12 de junio de 1995, 21 de diciembre de 1995, 19 de septiembre de 1996).

El peritaje sobre la credibilidad de la declaración de un menor, al contrastar sus declaraciones con los datos empíricos elaborados por esa ciencia, puede ayudar al Tribunal a establecer si existen o no elementos que permitan dudar de su fiabilidad. En este contexto, para el Tribunal Supremo, la prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías (entre ellas, la imparcialidad y la fiabilidad derivada de sus conocimientos), rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando dichos conocimientos científicos a verificar el grado de fiabilidad de las manifestaciones de un menor, conforme a métodos profesionales de reconocido prestigio en su círculo del saber, se revela como una herramienta de indiscutible valor para apreciar el testimonio de menores víctimas de un delito de naturaleza sexual (SSTS nº 715/2003 de 16 de mayo, 224/2005 de 24 de febrero, 1313/2005 de 9 de noviembre, 1031/2006, de 31 de octubre, 175/2008, de 14 de mayo).

Los informes sobre credibilidad del testimonio, improcedentes en general cuando se trata de testigos adultos cuya credibilidad sólo ha de valorar el juzgador, son recomendados en determinados casos de testimonio de menores: "...la psicología del testimonio en tanto que disciplina científica goza hoy de un notable desarrollo, merced en gran parte al trabajo de campo realizado en torno a la experiencia jurisdiccional. Fruto de ese desarrollo cultural es un buen conocimiento de los diversos riesgos de desviación y consiguiente pérdida de objetividad que gravan la prueba testifical. Entre los que, en el caso de los niños, se cuenta muy especialmente su vulnerabilidad a la sugestión, en función de las circunstancias personales y de entorno, su marcada apertura a influencias externas recibidas por vía de autoridad o de afectos, y su proclividad a la reelaboración inducida de los contenidos de memoria, tanto mayor cuanto más numerosas sean las ocasiones en que se vuelve sobre ellos en conversaciones o interrogatorios sucesivos. Es así hasta el punto de que en los exámenes psicológicos a que se les somete, y más si se trata de evaluar la credibilidad de

sus testimonios, juega un papel importantísimo la selección de los criterios de validez y la acreditación de que su uso ha sido el correcto" (SSTS nº 379/2005, de 14 de marzo, 604/2005, de 12 de abril y 1579/2003, de 21 de noviembre).

Las conclusiones de estos informes psicológicos de valoración técnica del testimonio de un menor y de análisis de la realidad de la declaración nunca pueden alcanzar precisión absoluta. Afirmaciones como la de que el relato es "muy probablemente creíble", integrarían "la categoría superior de todos los resultados posibles, ya que no se permite establecer científicamente, como es natural, una declaración en términos de exactitud matemática, sino tan solo una evaluación cualitativa ordenada" (vid. STS nº 1769/2001, de 5 de octubre).

En todo caso, es preciso insistir, y subrayar que tales pericias ni dicen, ni pueden decir, ni se les pide que digan, si las declaraciones del testigo se ajustan o no a la realidad. Esa es tarea del Tribunal que, entre otros elementos, contará con su percepción directa de las manifestaciones y con el juicio del psicólogo sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulación, inducción, invención o manipulación (STS nº 317/2008, de 27 de mayo, 707/2007, de 19 de julio, 339/2007, entre otras). La reciente STS nº 517/2008, de 17 de junio recuerda por ello que la prueba pericial psicológica sobre la credibilidad de los testimonios "no excluye que la última depuración pertenezca a la función propia del órgano jurisdiccional".

Ante supuestos de periciales psicológicas contradictorias sobre valoración técnica del testimonio, la STS nº 604/2005, de 12 de abril aporta pautas interesantes: "...el tribunal *a quo* se ha encontrado con dictámenes psicológicos enfrentados, por lo que se ha visto obligado a una selección crítica, que razona explícitamente. Selección que ha consistido sustancialmente en alzaprimar los dictámenes emitidos por especialistas que han sido traídos al proceso por su adscripción a la Administración de Justicia o a otros órganos públicos u oficiales



y los dictámenes que presenten una mayor exposición de las técnicas y los protocolos seguidos.”

La edad del testigo ha de ser uno de los datos a tener en cuenta a la hora de valorar su credibilidad; pero tal valoración compete al órgano judicial (STS nº 871/1996, de 21 de noviembre). En esta línea, el Tribunal Supremo ha declarado que el análisis de los testigos menores no integra un problema de legalidad procesal sino de credibilidad (STS nº 732/1997, de 19 de mayo).

A fin de valorar esta credibilidad, el móvil de resentimiento, enemistad o interés anterior a los hechos hay que buscarlo no ya en el propio menor sino en el entorno familiar que puede influir sobre su testimonio. En los casos de separaciones matrimoniales conflictivas y en que existe litigio sobre la custodia o/y el ejercicio del derecho de visita, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son excepcionales las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones cambiantes de un niño de temprana edad que puede estar influenciado por su entorno familiar. (vid. SSTS nº 430/1999, de 23 de marzo, nº 990/1995, de 11 de octubre y nº 331/1996, de 11 de abril). En esta línea, la STS nº 1582/2002, de 30 de septiembre recomienda extremar las cautelas “si la declaración de la víctima es la única prueba de la existencia misma del delito y si se produce en el marco de una ruptura sentimental entre los progenitores, pues no puede descartarse la utilización fraudulenta de los menores para otros fines distintos de su protección”.

En relación con la credibilidad del testimonio infantil resultan tan inadmisibles las posturas extremas de quienes piensan que por su inmadurez y

sugestionabilidad siempre se debe dudar de sus relatos, como las de quienes sostienen que en todo caso deben ser creídos, olvidando los factores de riesgo que concurren en este tipo de declaraciones, puestos de manifiesto por los especialistas en psicología del testimonio. Factores de riesgo que se acentúan en los supuestos de rupturas conflictivas de las parejas de sus progenitores, si los testimonios se refieren a hechos ocurridos en una edad muy temprana, o cuando relatan acontecimientos supuestamente ocurridos varios años antes sobre la base de unos borrosos recuerdos que pueden ser reales, imaginados o sugeridos. (vid. STS nº 832/2000, de 28 de febrero).

En estos casos de testigo único menor en los que se presenta una situación límite para el derecho a la presunción de inocencia, es esencial la valoración expresa de la prueba de cargo en función de los tres parámetros de contraste señalados por la jurisprudencia (posible concurrencia de factores relevantes de incredibilidad subjetiva, concurrencia o inexistencia de algún tipo de corroboración objetiva, aún de carácter periférico y posible existencia de contradicciones o ambigüedades en las supuestas manifestaciones acusatorias). Pero como expresa la STS nº 667/2008, de 5 de noviembre, estos parámetros (ausencia de incredibilidad, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación) son criterios de valoración pero no exigencias.

Debe tenerse también presente que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor

corroborante; etc. (SSTS nº 667/2008, de 5 de noviembre, nº 175/2008, de 14 de mayo).

Es también importante recordar que en ocasiones un menor que realmente ha sido víctima de abusos sexuales puede presentar síntomas aparentemente opuestos a las nociones de credibilidad y verosimilitud: secreto, sentimientos de desamparo, acomodación al abuso, reserva, mimetismo, depresión y ansiedad, confusión, demora en informar del abuso, descripciones inarticuladas e incluso retractación.

Tampoco debe perderse de vista, en relación con los delitos contra la libertad sexual de menores, el denominado "síndrome de acomodación del abuso sexual infantil". Este síndrome describe que es habitual que el niño se vea presionado por sus sentimientos de culpa y por el sufrimiento de sus familiares, y sienta que tiene en su poder la responsabilidad de proteger o dañar a su familia, lo que puede generar falsas retractaciones.

En relación con las identificaciones, las investigaciones empíricas aportadas por psicólogos del testimonio indican que por debajo de los seis años los errores aumentan. Con los niños pequeños especialmente (también con los adultos) debe neutralizarse la tendencia a producir errores de falso-positivo, que tiene lugar cuando, por no explicarles correctamente qué se espera de ellos, los niños se creen obligados a dar siempre una respuesta de identificación, de forma que, en el caso de no detectar la fotografía del presunto culpable, eligen la que más se aproxima a su aspecto externo, generando una identificación errónea.

## **10.- INDEMNIZACIONES A MENORES VÍCTIMAS**

Las Sras./Sres. Fiscales seguirán las sugerencias del Módulo de referencia para el desarrollo de un Protocolo de actuación en casos de maltrato infantil aprobado en el pleno del Observatorio de la Infancia de 22 de noviembre de 2007 que dispone que el Fiscal, en cumplimiento de su función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrá de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverá la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

Deben en este punto tenerse presentes las indicaciones contenidas en la Instrucción 8/2005, de 26 de julio, sobre el deber de información en la Tutela y Protección de las Víctimas en el Proceso Penal.

## **11.- LA AUDIENCIA DE LOS MENORES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

El análisis de esta cuestión queda enmarcado por el art. 12 de la Convención Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 donde se dispone que *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea*

*directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

La Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* ha introducido cambios sustanciales en la audiencia a los hijos menores en estos procedimientos.

Conforme con el art. 12 de la Convención de 1989, el apartado segundo del art. 92 CC dispone ahora que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

Pero el apartado sexto del mismo precepto establece que en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y *oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor.*

Por tanto, la audiencia del menor que tenga suficiente juicio no se configura ahora como imperativa sino como susceptible de modulación por el Juez a través del inciso que subordina la decisión a que *se estime necesario.*

La regla 4ª del art. 770 LEC, no obstante, no modificada, continúa manteniendo de forma imperativa la audiencia del menor cuando haya cumplido los doce años de edad.

La aparente antinomia habrá de resolverse haciendo primar el carácter sustantivo de la norma contenida en el art. 92 CC y en especial, teniendo en cuenta el argumento cronológico de ser *lex posterior.* Por tanto, habrá de

entenderse que, siendo inexcusable garantizar el derecho del niño a expresar su opinión y ser oído, el trámite concreto de audiencia del menor no es imperativo y que su práctica queda subordinada a que se estime necesario.

Esta flexibilidad se amolda más al principio del interés superior del menor, proclamado también en el art. 3 de la misma Convención de los Derechos del Niño y en los arts. 2 y 3.1 de la LOPJM, argumento éste que apoya también la tesis de resolver la contradicción normativa entre los arts. 770.4 LEC y 92 CC en favor de este último.

*A fortiori*, el apartado 5º del art. 777 LEC, también afectado por la reforma de 2005, de nuevo configura la audiencia de los menores como potestativa, al declarar que si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

La reforma asume las opiniones contrarias a la obligatoriedad de oír al menor, en todo caso, cuando hubiere cumplido la edad de 12 años, teniendo en cuenta que en ocasiones no es necesario y ponderando que a veces esta comparecencia en el Juzgado puede suponer un auténtico trauma. De hecho la *praxis* judicial omitía la audiencia del menor en los procesos de separación y divorcio de mutuo acuerdo.

Ya en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia sobre la incidencia de la LEC en los procesos matrimoniales celebrado en noviembre de 2003 la conclusión 18 relativa a la exploración de menores defendía que *es preceptivo en todos los procedimientos dar a los menores la oportunidad de ser oídos*

*cuando así lo deseen, pero deberá valorar el juzgador en cada supuesto concreto y según las circunstancias, la obligatoriedad de su asistencia a tal fin.*

Habrán de ponderarse en cada caso las circunstancias concurrentes (existencia o no de contienda entre los progenitores, edad del menor, singularidades concurrentes en el mismo, especialidades de las medidas impetradas respecto del menor, etc.) para decidir sobre la necesidad o no de la audiencia al menor.

Las Sras/Sres. Fiscales solicitarán o no la audiencia valorando los anteriores parámetros, evitando la utilización de fórmulas estereotipadas o impresos rutinarios.

En todo caso, estas exploraciones deberán realizarse de forma que el menor se sienta lo más relajado posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal. Igualmente cabrá interesar si las circunstancias lo aconsejan el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado. La audiencia de los menores se debe realizar respetando las condiciones necesarias de discreción e intimidad, infundiéndoles confianza, y protegiendo al máximo su dignidad y personalidad. La regla 4ª párrafo tercero del art. 770 LEC, añadida por la disposición final 1ª de Ley 15/2005 de 8 julio, dispone al respecto que en las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

Como pauta general, se evitará preguntar directamente al menor con qué progenitor desea convivir o qué régimen de visitas considera más conveniente. Son preferibles las preguntas indirectas que pongan de relieve con cuál de los

progenitores tienen una relación más intensa, cuál es el que ha asumido la mayoría de las responsabilidades, y con cuál tiene mejor relación.

Como con acierto expone la SAP Madrid, sec. 22ª, de 5 de febrero de 1999, rec. 51/1998 no se infringe “principio alguno de orden constitucional o procesal al no permitir la intervención de las partes, y en concreto de sus direcciones letradas, en el acto de la exploración por el Juzgador *a quo* del común descendiente, pues aunque dicha diligencia pueda determinar, en mayor o menor grado, la convicción judicial y venga además impuesta respecto de los hijos que superen los doce años (art. 92 CC), no puede olvidarse que no nos encontramos ante un medio probatorio de carácter formal. Debe recordarse, una vez más, que nos situamos ante un menor de edad, que no puede verse inmiscuido, en modo alguno, en un torrente de preguntas y repreguntas, dirigidas al mismo por los Letrados de las partes presentes en el acto, pues no se trata de un mero testigo ajeno al proceso, sino directamente afectado por el mismo y sus consecuencias jurídicas, y al que, en base precisamente a su superior interés, se le debe aislar de contraproducentes intervenciones que no sean las de una entrevista personal y exclusiva con el Juez, y en su caso el Fiscal, en cuanto un medio más de proporcionar al primero datos que pudieran conformar su final criterio decisorio...”

## **12.- CONCLUSIONES**

### **12.1. Principios generales**

1ª El derecho de todo acusado a un juicio público con todas las garantías (art. 24.2 CE) encuentra en el derecho de defensa y el principio de contradicción algunas de sus principales manifestaciones. Ello supone el derecho a un juicio contradictorio en el que el acusado pueda defenderse de la acusación,



planteando pruebas de descargo y combatiendo las pruebas incriminatorias, junto a la posibilidad de participar en las diligencias y trámites del proceso, para así poder ejercitar su derecho a ser oído y a alegar, en su interés, lo que a su Derecho convenga. Las pautas y orientaciones de esta Circular deben entenderse siempre desde la salvaguarda de este derecho fundamental del acusado que incumbe al Ministerio Fiscal a tenor del art. 124 CE.

2ª Las características personales y evolutivas de los menores de edad les hacen especiales vulnerables a la victimización secundaria que puede entrañar su participación en el proceso penal. Las graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales que tal participación puede acarrearles les hace acreedores de un tratamiento específico orientado a su protección y asistencia, así como a la calidad objetiva del testimonio que han de prestar.

3ª Las Sras/Sres. Fiscales deberán tener presente que las causas que mayores problemas plantean, en relación con el testigo menor (normalmente también víctima) son las relativas a abusos y agresiones sexuales. En estas causas, un juicio erróneo o una investigación archivada prematuramente puede tener consecuencias extraordinarias no solo para los implicados en el proceso en curso sino para potenciales víctimas, por lo que es extremadamente importante que todas las investigaciones de presuntos abusos sexuales sean de la mayor calidad posible y que se les otorgue prioridad respecto a otras investigaciones criminales.

4ª Aún partiendo siempre de que el mero hecho de la minoría de edad hace merecedor al testigo de un tratamiento especial, la intensidad de la protección puede graduarse, atendiendo a la edad del menor, al dato de si el mismo es o no víctima del delito, a la naturaleza y gravedad del delito presuntamente cometido, a si guarda relación de parentesco con el imputado o acusado, etc.

5ª La idea básica a tener presente como pósito es la de que las diligencias que recaigan sobre el menor van a ser generalmente perturbadoras, cuando no traumáticas para él. Por tanto, deben evitarse en la medida de lo posible las duplicidades en exploración de médicos, evaluación de psicólogos, psiquiatras y análogos y en la toma de declaración. Debe tenderse hacia los diagnósticos, exploraciones o evaluaciones conjuntas.

6ª Las Sras/Sres. Fiscales procurarán evitar la repetición de declaraciones de menores, salvo en los casos estrictamente necesarios, a fin de ahorrarles el sufrimiento de volver a relatar y revivir ante personas extrañas un suceso para ellos traumático. En la fase de juicio oral evitarán suspensiones reiteradas o largas esperas en los estrados del Juzgado, promoviendo la inadmisión de preguntas orientadas a poner en tela de juicio la credibilidad de la declaración del menor cuando la forma de plantearlas no respete la dignidad del mismo.

7ª Siempre que las circunstancias lo permitan debiera prescindirse de la declaración policial del menor, especialmente cuando el mismo sea víctima del delito y fundamentalmente cuando éste sea de naturaleza sexual. Para reducir al mínimo imprescindible el número de declaraciones puede resultar conveniente dar pautas a la Policía Judicial, para que en casos en que pueda ser especialmente perturbador tomar declaración al menor, se prescinda de la misma y se le traslade al Juzgado de Guardia para preconstituir la prueba.

8ª Las causas con menores implicados, especialmente cuando éstos sean las víctimas, deben ser objeto de una tramitación especialmente rápida. A tales efectos, las Sras/Sres. Fiscales, en su función impulsora del proceso penal, habrán de redoblar sus esfuerzos para remover cualquier obstáculo que ralentice la tramitación de estos procedimientos.

9ª La Reforma operada en la LECrim por LO 8/2006 en relación con los testigos no distingue franjas de edades, por lo que sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a cualquier persona menor de 18 años.

10ª En cuanto a la edad que debe tenerse en cuenta para aplicar el *plus* protector que estos preceptos incorporan habrá de atenderse no a la edad que el testigo tenía cuando tomó conocimiento de los hechos respecto de los que ha de deponer sino a la edad que tiene en el momento de prestar declaración en el proceso.

## **12. 2. Fase de instrucción**

1ª La obligación específica de la presencia del Fiscal en estas declaraciones no se funda en la necesidad de asegurar la eficacia de la investigación, sino se inscribe en el desarrollo de su función de protector de los derechos fundamentales del menor y de las garantías del acusado y de la necesidad de procurar la necesaria ponderación de unos y otras.

2ª La presencia del Fiscal en la declaración del menor en fase de instrucción ha de ser aprovechada para acopiar la necesaria información para decidir con fundamento acerca de si procede proponerlo como testigo para el acto del juicio oral o bien prescindir de él y en ese caso acerca de si procede preconstituir la prueba, citar a testigos de referencia o interesar alguna diligencia sobre la credibilidad del testimonio. También servirá para calibrar -si procede citarlo como testigo para el acto del juicio oral- el tipo de cautela a promover para evitar su doble victimización. Igualmente podrá ser útil para, en su caso, decantarse por el sobreseimiento.

3ª La presencia de los representantes legales del menor, y, en su caso, de los guardadores, que sin ser representantes se ocupen del mismo -en principio recomendable para dar mayor seguridad y confianza al menor- habrá de exceptuarse además de cuando los representantes o guardadores sean los propios imputados -pues en tales casos se desnaturalizaría su presencia en el acto, cuyo sentido es precisamente el de amparar y dar tranquilidad al menor-, cuando existan conflictos de intereses entre representantes y menor que justifiquen la exclusión. También podrá ser fundamento de la exclusión la existencia de indicios que lleven a la fundada creencia de que los progenitores persiguen que el menor no colabore con la Administración de Justicia.

4ª Facultativamente el párrafo tercero del art. 433 LECrim también prevé que puedan asistir expertos. Habrá de entenderse por tales personas cualificadas profesionalmente para orientar sobre el modo más adecuado de abordar al menor, esto es, psicólogos infantiles, pedagogos o psiquiatras. Las circunstancias del caso serán las que marcarán la necesidad o conveniencia de esta asistencia técnica, que se incrementará cuando el menor sea, además de testigo, víctima, y atendiendo especialmente a su edad, en cuanto normalmente para los denominados menores maduros no será necesario. También la índole del delito será determinante para calibrar tal necesidad.

5ª Las Sras/Sres. Fiscales interesarán la grabación de la declaración como modo específico de documentación siempre que prevean que el menor no va a poder declarar en el acto del juicio oral o cuando de los datos recabados pueda ya sostenerse que el grado de victimización secundaria del menor podría ser especialmente intenso y perjudicial si se le impone la obligación de asistir al juicio como testigo.

6ª Si con anterioridad a la citación para declarar se ha solicitado la elaboración de un informe psicológico sobre el menor será muy importante el interesar que el mismo perito se pronuncie sobre si el testigo puede declarar sobre los hechos sin riesgo para su equilibrio psicológico y, en caso positivo, sobre las cautelas que se consideran necesarias o convenientes.

7ª Como regla general, las Sras/Sres. Fiscales no citarán como testigos a los menores para el acto del juicio oral cuando los expertos consultados desaconsejen fundadamente tal citación. En estos casos -si no la han hecho ya- propondrán la grabación de su declaración y que la misma se lleve a cabo respetando los requisitos de contradicción previstos para la preconstitución probatoria, siempre con las modulaciones que pueda exigir el interés del menor. Una interpretación teleológica de las causas generales previstas en los arts. 448 y 777 LECrim, tamizada por los principios generales que informan la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, lleva a admitir como presupuesto habilitante de la preconstitución probatoria el caso de los menores que por razón de su corta edad o de su especial vulnerabilidad estén en riesgo de sufrir un grave daño psicológico de verse obligados a comparecer de nuevo como testigos en el acto del juicio oral. Esta probabilidad de sufrir grave daño psicológico debe estar debidamente documentada en la causa, a través del correspondiente informe pericial.

8ª También podrá acudir a la preconstitución probatoria y correlativamente habrán de abstenerse las Sras/Sres. Fiscales de citar a juicio oral a los testigos menores cuando los mismos tengan tan corta edad que racionalmente pueda concluirse que tras el lapso temporal probable entre la primera declaración y la fecha del juicio oral, cualquier intento de recordar los hechos será inútil.

9ª Aunque con carácter general la preconstitución de la prueba exige hacer pasar a la diligencia por el tamiz de la contradicción, con el fin de salvaguardar el derecho del imputado a interrogar a los testigos de cargo, el inexcusable respeto de esta exigencia admite matizaciones para minimizar el daño a los testigos menores. Las posibilidades para llegar a un punto de equilibrio son múltiples (utilización de biombo, empleo de video conferencia, colocación del menor en un punto desde el que no pueda ser visto por el imputado, utilización de espejos unidireccionales). Debe en todo caso tenerse presente que el principio de contradicción no sufrirá siempre que esté presente en el interrogatorio el Letrado del imputado y se le permita formular preguntas al testigo menor.

10ª La decisión de preconstituir la prueba testifical de menores de edad habrá de plantearse especialmente en causas por delitos contra la libertad sexual cuando la víctima sea menor de catorce años.

11ª La prueba preconstituida relativa a la exploración del menor, debe ser llevada a la vista del juicio oral como prueba documental, proponiéndolo así en el escrito de calificación, debiendo igualmente las Sras/Sres. interesar su lectura, audición o visionado, excluyendo totalmente la práctica de “darla por reproducida”.

### **12. 3. Testigos de referencia**

1ª En determinados y excepcionales supuestos equivalentes a la imposibilidad de producción del testimonio, especialmente ante delitos contra la libertad sexual, cuando la víctima es un menor de muy corta edad, no procederá ni siquiera la preconstitución probatoria, pudiendo valorarse como prueba de cargo el testimonio de referencia de los padres o de terceras personas. A tales

efectos, debe tenerse presente que la LECrim prescribe que no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados física o moralmente (art. 417.3º LECrim).

2ª Cuando las Sras/Sres. Fiscales invoquen como de cargo testimonios de referencia sustitutivos del testimonio directo de un menor, con el fin de respetar el equilibrio respecto a las garantías de los acusados, y en particular, su derecho a la contradicción de las pruebas de cargo, lo harán tomando en consideración los recelos que puede suscitar este medio de prueba, y habrán de ser particularmente rigurosos, no sólo en la apreciación de las circunstancias imponderables que justifican la sustitución del testimonio directo por el de referencia, sino también en la crítica de los referenciales, en la aportación de elementos de corroboración y en la expresión de las razones por las que, en su caso, los han considerado dignos de crédito y hábiles para enervar la presunción de inocencia.

#### **12. 4. Sobreseimiento por falta de prueba**

1ª La articulación de la prueba de cargo de determinados delitos que se perpetran en la intimidad y sobre menores de edad presenta particulares dificultades, máxime si se trata de niños de corta edad y de hechos que se denuncian en situación de crisis familiar. La importancia de la averiguación y castigo de tales hechos para las víctimas y para el interés general no puede sobreponerse a la realidad de tales dificultades y mucho menos, al sistema de garantías que constituyen el proceso penal, ni a las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.

2ª En muchos casos, tras la imprescindible ponderación de los intereses en conflicto -garantías y derechos procesales del acusado, necesidad de protección de las víctimas y testigos menores de edad e interés público en la persecución de los delitos- y tras una adecuada valoración de la entidad de los elementos incriminatorios que pueden presentarse ante el Juzgador penal, las Sras/Sres. Fiscales habrán de optar por interesar el sobreseimiento provisional de las actuaciones.

## **12. 5. Garantías en el acto del juicio**

1º Una interpretación sistemática de los arts. 707 y 731 bis LECrim lleva a la conclusión de que cuando el testigo es menor debe automáticamente -*ope legis*-, entenderse que su comparecencia resulta gravosa o perjudicial y que por tanto, puede acudir al uso de la videoconferencia.

2º La utilización de mamparas o medios análogos tiene una menor capacidad como mecanismo neutralizador de efectos de victimización secundaria, pues no evita la presencia del menor en la sala de vistas y su cercanía al acusado, aunque para determinados supuestos no necesitados de niveles de protección cualificados podrá ser suficiente. La utilización de las mamparas habrá de realizarse tratando por un lado de impedir el contacto visual entre menor y acusado y al mismo tiempo permitiendo que el menor siga teniendo contacto visual con la persona o persona que le acompañen para prestarle apoyo, y sea visto por el Tribunal, el Ministerio Fiscal y los Letrados de las partes.

3º Debe también tenerse presente que el Tribunal Supremo ha admitido el uso de otras cautelas, de forma que puede el Tribunal adoptar las medidas de



tutela que estime más adecuadas, entre las que cita expresamente: “acompañamiento por un familiar, limitaciones a la publicidad, suspensión temporal del juicio, declaración como testigo oculto para los acusados o sin confrontación visual directa con los mismos”

## **12. 6. Otros mecanismos protectores del testigo menor**

1ª En los casos de riesgo grave para la integridad física, psicológica o moral del menor testigo, serán aplicables también los mecanismos de protección previstos en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de *Protección a Testigos y Peritos en causas criminales*. Las Sras/Sres Fiscales desplegarán sus deberes de protección de la vida privada y la intimidad y dignidad de conformidad con la Ley 35 /1995 de 11 de diciembre de *Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la libertad Sexual*.

2ª Las Sras/Sres Fiscales velarán también por el riguroso cumplimiento de la previsión del art. 109 *in fine* LECrim en el que se dispone que en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el art. 57 del CP, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad.

## **12. 7. Pautas generales sobre interrogatorios a menores**

1ª Deberán las Sras/Sres. Fiscales paliar tanto los retrasos en la citación para tomar declaración al menor en fase de instrucción, como las dilaciones en los señalamientos de juicio. Igualmente -en la medida de sus posibilidades- habrán de promover que los juicios en los que tenga que intervenir un testigo menor sean los primeros en el orden de señalamientos. Aunque los

señalamientos obviamente no son competencia del Fiscal, las Sras/Sres. Fiscales en sus escritos de calificación y por medio de Otrosí, podrán interesar tales prevenciones.

2ª Cuando el testigo menor es víctima y se encuentra además en una situación de desprotección (*v.gr.* cuando ha sido objeto de malos tratos por sus progenitores) es esencial que la actuación de la Justicia penal y de las Entidades Públicas de Protección de Menores esté coordinada, y a los efectos de tal coordinación los Sres. Fiscales en tanto en cuanto son parte necesaria en el proceso penal y son superiores vigilantes de la actuación de las Entidades de Protección, habrán de desplegar toda su diligencia para evitar contradicciones o disfunciones.

3ª En sus interrogatorios, deberán las Sras/Sres. Fiscales realizar los necesarios esfuerzos por modificar el lenguaje jurídico utilizando una terminología adecuada al nivel de desarrollo del niño.

4ª La psicología del testimonio ha puesto de manifiesto que los testigos cometen mas errores cuando las preguntas son cerradas que cuando las preguntas son abiertas, de modo que se les permita el recuerdo libre, eligiendo sus propios detalles. El recuerdo libre incrementa la exactitud, por lo que es preferible iniciar el interrogatorio de manera que sea el propio testigo menor quien cuente lo que ha visto y percibido, para a continuación -y sólo a continuación- pasar a hacerle preguntas sobre puntos que puedan permanecer oscuros o sobre otros detalles adicionales sobre los que se precise información, advirtiendo al menor que conteste sólo sobre lo que recuerde. Debe *prima facie* utilizarse la forma narrativa y *a posteriori*, progresivamente, preguntas cada vez más estructuradas.

5ª Las preguntas nunca han de contener aditivos sugestivos, ni revelar la opinión o toma de postura del interrogador. Debe ponderarse cada caso pero en ocasiones es preferible contentarse con respuestas lacónicas y declaraciones fragmentarias, pues si se obliga al niño a detallarla y completarla, se incrementará el riesgo de que éste incorpore a su declaración elementos irreales.

6º Las Sras/Sres. Fiscales procurarán que se inadmitan las preguntas que intenten menoscabar la solidez del testimonio del menor o su eficacia probatoria empleando medios, modos, o formas poco respetuosos con la dignidad del mismo.

## **12. 8. Valoración del testigo menor de edad**

1ª La prueba pericial psicológica, practicada con todas las garantías rindiendo su informe ante el Tribunal enjuiciador, en contradicción procesal, y aplicando los conocimientos científicos a las condiciones del testigo y al grado de fiabilidad de sus manifestaciones, conforme a métodos profesionales, no vincula al Juzgador ni puede sustituir su función valorativa, pero sí puede ser una herramienta útil para apreciar el testimonio de menores de corta edad, en especial cuando son víctimas de un delito de naturaleza sexual.

2ª La presencia de esta pericia no dispensa al Tribunal de la función de valoración que le corresponde en exclusiva.

3ª En los casos en los que deba valorarse el contenido de una grabación de audio/video, es imprescindible que se proceda a la audición y/o visionado.

## **12. 9. Responsabilidad civil**

1º Las Sras/Sres. Fiscales en cumplimiento de la función de velar por la protección procesal de las víctimas, habrán de promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas. A tales efectos promoverán la total indemnización de los daños irrogados al menor, incluidos los psicológicos. Si al formular el escrito de calificación el menor continúa recibiendo tratamiento médico o psicológico, el Fiscal fijará las bases para su inclusión en la sentencia y promoverá durante la ejecución de la misma su precisa determinación.

## **12. 10. Audiencia de los menores en los procedimientos de nulidad, separación y divorcio**

1ª La aparente contradicción entre el apartado segundo del art. 92 CC, modificado por Ley 15/2005, de 8 de julio y la regla 4ª del art. 770 LEC en relación con la audiencia del menor en punto al régimen de guardia y custodia en procesos de nulidad, separación y divorcio, ha de resolverse primando el carácter sustantivo del CC y acudiendo a la condición de *lex posterior* de la norma contenida en su actual art. 92. Por ello habrá de entenderse que la audiencia del menor no es imperativa y que su práctica queda subordinada a que se estime necesaria, en función del superior interés del menor.

2ª En todo caso, la exploración del menor deberá realizarse de forma que el menor se sienta lo más tranquilo posible y sólo en presencia del Juez, Secretario y Ministerio Fiscal, aunque quepa interesar el auxilio de psicólogos o miembros del equipo técnico adscrito al Juzgado, cuando las circunstancias lo aconsejen.

3ª Las Sras/Sres Fiscales velarán porque estas audiencias transcurran con el máximo respeto a la intimidad, dignidad y personalidad del menor afectado, evitando las preguntas directas sobre con cuál de sus progenitores desea convivir o el régimen de visitas que considera más conveniente, y optando por preguntas indirectas que revelen con cuál de los progenitores tiene una relación más intensa, quién de los dos ha asumido la mayoría de los progenitores, con quién mantiene una mejor relación, o cualquier otro extremo relevante para la decisión.

Madrid, 10 de noviembre de 2009  
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

**EXCMOS. E ILMOS SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES  
PROVINCIALES.**