

# BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXIV

■ Núm. 2.121

■ Diciembre de 2010



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-10-003-3

[www.mjusticia.es/bmj](http://www.mjusticia.es/bmj)

---

### **Enlaces**

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

### **Contacto**

Contacto Boletín

### **Edita**

Ministerio de Justicia  
Secretaría General Técnica

### **Maquetación**

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

### **ISSN**

1989-4767

### **NIPO**

051-10-003-3

### **Depósito Legal**

M.883-1958

# 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 efectuaran 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; 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

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.

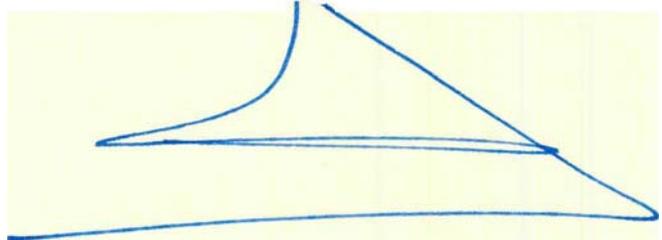
7.- Los acusados, una vez llegado al acuerdo de conformidad, deberán aceptar de forma expresa dicho acuerdo

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 constante 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, entendiéndose, 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 biombo, 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 prescinda 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 concurran 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.**



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

**AUTORES QUE HAN PARTICIPADO EN LA  
ELABORACIÓN DE ESTE TEXTO:**

- Amaya Arnáiz Serrano
- Fernando Benítez Pérez-Fajardo
- Alfonso Egea de Haro
- M<sup>a</sup> Luisa García Tejedor
- Javier Garrido Ramos
- Concepción López-Yuste Padial
- Violeta Tomás Gutiérrez
- José Juan Tomás Porter
- Javier Truchero Cuevas
- Ana M<sup>a</sup> Sánchez Hernández
- Francisco Borja Vargués Valencia



## ÍNDICE

---

PRESENTACIÓN.....	10
-------------------	----

### *I PARTE* **LA NUEVA OFICINA JUDICIAL**

#### *UNIDAD 1* **EL NUEVO MODELO DE OFICINA JUDICIAL**

<b>I. ANTECEDENTES. NECESIDAD DE UN NUEVO MODELO DE OFICINA JUDICIAL...</b>	<b>14</b>
<b>II. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA JUDICIAL</b> .....	<b>16</b>
1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA.....	17
2. DIVISIÓN DE FUNCIONES.....	18
3. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN .....	19
4. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO .....	19
<b>III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA-CGPJ EN EL DISEÑO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL.....</b>	<b>20</b>
1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA .....	20
2. COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL PARA EL DISEÑO Y CREACIÓN DE LOS SERVICIOS COMUNES PROCESALES.....	23
<b>IV. LA INTERVENCIÓN DEL CGPJ EN EL ASEGURAMIENTO DE UN MODELO HOMOGÉNEO .....</b>	<b>23</b>
<b>V. ESTRUCTURA DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL.....</b>	<b>24</b>
1. UNIDADES PROCESALES DE APOYO DIRECTO.....	24
2. SERVICIOS COMUNES PROCESALES.....	26
A) SERVICIO COMÚN GENERAL .....	27
B) SERVICIO COMÚN DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.....	27
C) SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN .....	28
3. UNIDADES ADMINISTRATIVAS.....	29





## UNIDAD 2

### EL FUNCIONAMIENTO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

<b>I. FUNCIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES .....</b>	<b>32</b>
1. SERVICIO COMÚN GENERAL .....	32
2. SERVICIO COMÚN DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO .....	35
3. SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN .....	37
<b>II. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN .....</b>	<b>37</b>
<b>III. RELACIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES ENTRE SI Y CON OTRAS UNIDADES .....</b>	<b>39</b>
1. RELACIONES ENTRE LOS SERVICIOS DE LA OFICINA JUDICIAL.....	39
A) UPAD .....	40
B) SERVICIOS COMUNES .....	41
<b>IV. IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES .....</b>	<b>42</b>
1. PUESTOS GENÉRICOS .....	42
2. PUESTOS SINGULARIZADOS .....	47
<b>V. RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS DE LAS UNIDADES DE LA NOJ.....</b>	<b>48</b>
1. INTERNAS.....	48
A) RELACIÓN ENTRE EL SECRETARIO DIRECTOR DEL SERVICIO Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES DEL SERVICIO.....	48
2. EXTERNAS .....	50

## UNIDAD 3

### LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

<b>I. REFORMAS NORMATIVAS .....</b>	<b>52</b>
1. DE CARÁCTER LEGAL .....	52
2. DE CARÁCTER REGLAMENTARIO .....	53
A) EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL.....	53
B) EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CUERPOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	54
<b>II. INNOVACIONES TECNOLÓGICAS .....</b>	<b>55</b>
<b>III. INFRAESTRUCTURAS .....</b>	<b>56</b>
<b>IV. GESTIÓN DEL CAMBIO.....</b>	<b>56</b>
<b>V. MODIFICACIONES ORGANIZATIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL NUEVO MODELO ORGANIZATIVO: LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO .....</b>	<b>57</b>





## **II PARTE** **EL NUEVO MODELO PROCESAL**

### **UNIDAD 1**

#### **LAS CLAVES PARA ENTENDER LA REFORMA DEL MODELO ORGANIZATIVO Y PROCEDIMENTAL FRUTO DE LAS DENOMINADAS LEYES PROCESALES**

<b>I. LOS ORÍGENES DE LA PROPUESTA E HITOS NORMATIVOS.....</b>	<b>64</b>
<b>II. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFORMA .....</b>	<b>66</b>
<b>III. EL NUEVO MODELO PROCESAL FRUTO DE LAS LEYES PROCESALES.....</b>	<b>69</b>
<b>V. EL TRÁNSITO HACIA EL NUEVO MODELO: LA PREVISIBLE COEXISTENCIA DE AMBOS SISTEMAS .....</b>	<b>74</b>

### **UNIDAD 2**

#### **CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (1)**

<b>I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA.....</b>	<b>77</b>
1. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	77
2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y POSTULACIÓN .....	78
3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES .....	80
<b>II. ANÁLISIS DE LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE.....</b>	<b>81</b>
<b>III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>82</b>
<b>IV. RESTANTES TRÁMITES EN LA FASE DE ALEGACIONES.....</b>	<b>83</b>
1. EL TRASLADO DE LA DEMANDA/SEÑALAMIENTO DE JUICIO .....	83
2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA .....	84
<b>V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.....</b>	<b>86</b>
1. TRANSACCIÓN.....	86
2. RENUNCIA Y DESISTIMIENTO .....	86
3. SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO .....	87
4. EL ALLANAMIENTO .....	87
5. ENERVACIÓN DE LAS ACCIONES.....	88





<b>VI. LA ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE PROCESO MONITORIO Y SU SUSTANCIACIÓN .....</b>	<b>88</b>
<b>VII. LA ADMISIÓN A TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DE LOS RECURSOS .....</b>	<b>89</b>
<b>VIII. LAS DEMANDAS DE CONCILIACIÓN .....</b>	<b>90</b>

### *UNIDAD 3*

## **CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (2): EL PROCESO DE EJECUCIÓN**

<b>I. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL Y DE LAS PARTES.....</b>	<b>93</b>
1. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER LA EJECUCIÓN.....	93
2. LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN FORZOSA .....	94
<b>II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>94</b>
1. LA ORDEN GENERAL DE EJECUCIÓN .....	94
2. EL DECRETO DANDO CURSO A LA EJECUCIÓN.....	95
<b>III. MEDIDAS EJECUTIVAS CONCRETAS.....</b>	<b>96</b>
1. EL EMBARGO.....	96
2. EL REQUERIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN DE BIENES .....	97
3. EL DEBER DE COLABORACIÓN DE PERSONAS Y ENTIDADES .....	97
<b>IV. CUESTIONES INCIDENTALES EN EL TRANSCURSO DE LA EJECUCIÓN .....</b>	<b>98</b>
1. LA TASACIÓN DE COSTAS .....	98
2. LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (LIQUIDACIÓN DE INTERESES) .....	100
3. INCIDENTES EN LA EJECUCIÓN PROVISIONAL .....	100
4. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS.....	101
5. INCIDENTE DE OPOSICIÓN .....	101
6. LA INFRACCIÓN DE NORMAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN.....	102
7. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	102
8. LAS TERCERÍAS.....	103
<b>V. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>104</b>
1. LA ENTREGA DIRECTA DE RETENCIONES PERIÓDICAS AL ACREEDOR.....	104
2. ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DE JUICIOS DE DESAHUCIO .....	104
3. ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS .....	105
<b>VI. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>105</b>





## UNIDAD 4

### CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (Y 3): LA VÍA DE APREMIO

<b>I. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO .....</b>	<b>108</b>
1. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE DINERO, EFECTOS PÚBLICOS Y FINANCIEROS .....	108
2. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE BIENES MUEBLES (DEPÓSITO).....	109
3. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE BIENES INMUEBLES .....	110
4. LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL .....	110
<b>II. LA VALORACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS.....</b>	<b>111</b>
<b>III. LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS: FORMAS .....</b>	<b>112</b>
1. ENTREGA DIRECTA AL EJECUTANTE (ART. 634 LEC).....	112
2. REALIZACIÓN DE ACCIONES Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN SOCIALES (ART. 635 LEC) .....	112
3. CONVENIO DE REALIZACIÓN APROBADO POR EL SECRETARIO JUDICIAL (ART. 640 LEC)...	113
4. LA ADMINISTRACIÓN PARA PAGO.....	114
5. REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA .....	115
6. LA SUBASTA .....	115

## UNIDAD 5

### LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

<b>I. COMUNICACIÓN Y GESTIÓN PROCESAL .....</b>	<b>122</b>
1. ACTOS DE COMUNICACIÓN .....	122
2. GESTIÓN Y TRAMITACIÓN PROCESAL .....	123
3. RECURSOS .....	124
4. DILIGENCIAS ANTE OTRAS ADMINISTRACIONES .....	124
5. COMUNICACIONES CON LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES .....	124
<b>II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO EN EL PROCESO PENAL.....</b>	<b>125</b>
1. DEBER DE INFORMACIÓN A LA VÍCTIMA U OFENDIDO.....	125
2. EFECTOS DEL DELITO Y OTROS OBJETOS INCORPORADOS A LA CAUSA .....	125
3. SEÑALAMIENTO DE VISTAS .....	125
4. DESIGNACIÓN DE PONENTE POR TURNO.....	126
5. OTRAS ATRIBUCIONES.....	126
<b>III. ATRIBUCIONES VINCULADAS A LA FE PÚBLICA .....</b>	<b>126</b>
1. CONSIGNACIÓN DE DECLARACIONES .....	126
2. FE PÚBLICA DE LAS SENTENCIAS .....	126
3. GRABACIÓN DE LAS VISTAS Y PRESENCIA EN SALA.....	127
4. COMPETENCIAS DEL JUEZ.....	127





<b>IV. EJECUCIONES Y EMBARGOS.....</b>	<b>127</b>
1. EJECUCIONES.....	127
2. FIANZAS Y EMBARGOS.....	128
<b>V. RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS Y RECURSOS .....</b>	<b>128</b>
1. REGULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS.....	128
2. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS.....	128
<b>VI. MEJORAS TÉCNICAS.....</b>	<b>129</b>
1. MEJORAS TÉCNICAS .....	129
2. ACTUALIZACIONES LINGÜÍSTICAS.....	129
<b>VII. MEJORAS PROCESALES .....</b>	<b>130</b>

### *UNIDAD 6*

#### **LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL**

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>133</b>
1. NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS JUEZ O TRIBUNAL Y SECRETARIO JUDICIAL .....	133
2. RESUMEN MEJORAS TÉCNICAS Y PROCESALES .....	133
<b>II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO JUDICIAL .....</b>	<b>134</b>
1. ACUMULACIONES.....	134
2. HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS .....	134
3. IMPOSICIÓN DE MULTA POR NO DEVOLUCIÓN DE AUTOS .....	135
4. RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS.....	135
5. ADMISIÓN DE LA DEMANDA.....	135
6. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA EN PROCESOS ESPECIALES .....	136
7. CONCILIACIÓN .....	136
8. SUSPENSIÓN Y DESISTIMIENTO .....	137
9. FE PÚBLICA.....	137
10. IMPULSO PROCESAL .....	137
11. RECURSOS .....	138
12. EJECUCIÓN.....	139
<b>III. MEJORAS TÉCNICAS .....</b>	<b>140</b>
<b>IV. MEJORAS PROCESALES .....</b>	<b>141</b>

### *UNIDAD 7*

#### **LA REFORMA DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

<b>I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA.....</b>	<b>144</b>
--	------------





1. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL..... 144

2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y POSTULACIÓN ..... 145

3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES ..... 146

**II. ANÁLISIS DEL RECURSO O LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE.....146**

**III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.....147**

**IV. ACTUACIONES DERIVADAS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA.....148**

1. LA PUBLICACIÓN DEL RECURSO..... 148

2. LA PETICIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EMPLAZAMIENTO DE LOS INTERESADOS..... 148

3. EL TRASLADO DEL EXPEDIENTE AL ACTOR: LA FORMULACIÓN DE LA DEMANDA..... 149

4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA..... 150

5. ACUMULACIÓN DE PROCESOS..... 151

6. LA PRUEBA: PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA ..... 152

7. CONCLUSIÓN DEL PROCESO..... 152

8. SENTENCIA ..... 153

**V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.....154**

1. TRANSACCIÓN..... 154

2. DESISTIMIENTO ..... 154

3. SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO..... 155

4. EL ALLANAMIENTO..... 155

**VI. LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS .....155**

**VII. OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA .....158**

1. EL PROCESO DE EJECUCIÓN ..... 158

2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA ..... 159

**UNIDAD 8**

**OTROS OBJETIVOS DE LA REFORMA (1)**

**I. EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES..... 161**

1. ACUMULACIONES..... 161

2. GRABACIÓN DE VISTAS SIN PRESENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL..... 162

3. SEÑALAMIENTO DE VISTAS ..... 164

4. PARTICIPACIÓN DE LOS PROCURADORES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN..... 166

**II. POTENCIACIÓN DE GARANTÍAS DEL JUSTICIABLE.....169**

1. GRABACIÓN GENERALIZADA DE LAS VISTAS ..... 169

2. DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES ..... 169

**III. OTRAS MEJORAS TÉCNICAS .....170**





*UNIDAD 9*

**OTROS OBJETIVOS DE LA REFORMA (Y 2)**

<b>I. AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS .....</b>	<b>172</b>
1. EL RÉGIMEN DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LOS JUICIOS VERBALES .....	172
2. JUECES DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL.....	172
<b>II. DEPÓSITO PARA RECURRIR .....</b>	<b>173</b>
1. NATURALEZA Y OBJETO DEL NUEVO DEPÓSITO PARA RECURRIR .....	174
2. FINALIDADES PERSEGUIDAS .....	175
A) DISUADIR DE LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS SIN FUNDAMENTO .....	175
B) PROMOVER LA SERIEDAD DE LOS RECURSOS TANTO ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS.....	175
C) REFUERZA LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, ACIERTO Y VERDAD DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DICTADA EN PRIMERA INSTANCIA.....	175
D) CONSTITUYE UNA GARANTÍA PARA EL RECURRIDO EN APELACIÓN O CASACIÓN .....	175
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	176
4. FORMA Y TIEMPO PARA SU CONSTITUCIÓN .....	178
5. SUBSANACIÓN .....	179
6. RECUPERACIÓN O PÉRDIDA DEL DEPÓSITO.....	179
7. DESTINO DEL DEPÓSITO .....	180





## PRESENTACIÓN

La España de hoy no puede funcionar con una justicia del ayer. Desde hace algunos años todos somos conscientes de ello y venimos trabajando por adecuar nuestra Administración de Justicia a la realidad de una sociedad avanzada como la nuestra. Pero era necesario un impulso firme y comprometido con ese proceso de modernización y transformación, aportando los recursos presupuestarios necesarios y adoptando las reformas legislativas imprescindibles para llevarlo a cabo.

Tras la búsqueda del consenso con las fuerzas políticas parlamentarias y con los diversos colectivos implicados en el sector justicia, se elaboró por el Ministerio de Justicia y aprobó por el Consejo de Ministros el Plan de modernización 2009-2012, entre cuyos elementos prioritarios se encuentra la puesta en funcionamiento de la Nueva Oficina Judicial (NOJ).

Una nueva realidad organizativa para nuestros Juzgados y Tribunales en la que ya estamos trabajando con el Consejo General del Poder Judicial y las CCAA que han asumido competencias en la materia.

Es éste un reto difícil y ambicioso, que afecta a la ordenación de los recursos personales y al desempeño de la actividad judicial, cuya magnitud requiere el concurso y el esfuerzo de todos. La participación y el apoyo de los profesionales de la justicia es, por tanto, un presupuesto necesario para el logro de los objetivos que nos hemos propuesto.

Para coadyuvar al despliegue de la nueva oficina judicial el Ministerio de Justicia ha puesto en marcha un intenso programa de comunicación cuyo principal cometido es informar, formar y generar una cultura del cambio que explique las transformaciones que queremos acometer y al tiempo fomente las habilidades requeridas para el desempeño de las tareas con arreglo al nuevo esquema de organización.

Este Programa de Gestión del Cambio persigue, así, preparar a todos los colectivos profesionales implicados en este proceso de transformación de la Administración de justicia y se concreta en una serie de ámbitos específicos: coordinación, sensibilización, comunicación y formación.

### ☑ COORDINACIÓN =

- Implantación de *Equipos de seguimiento* de implantación por cada Ciudad.
- Fortalecimiento *Centro de Atención al Usuario para incidencias del despliegue NOJ*.
- *Aplicación de estándares de organización, normalización, simplificación y planificación* (metodologías de gestión de proyectos).





☑ **SENSIBILIZACIÓN =**

- **Programa de ruedas de prensa.**
- **Talleres y jornadas** con los distintos colectivos profesionales participantes (junta de personal, secretarios, Jueces y Fiscales, etc..) así como la ciudadanía.

☑ **COMUNICACIÓN =**

- **Plan de comunicación local** en ciudades donde se despliega la NOJ.
- **Newsletter NOJ**, así como de contenidos específicos en la web del Ministerio.
- Elaboración de **materiales informativos escritos y audiovisuales.**
- **Manual de Puestos sobre conocimientos y habilidades** para trabajar en la NOJ.

☑ **FORMACIÓN =**

- **Programa de formación** orientado a inculcar conocimientos en materia de gestión procesal, de adquisición de habilidades directivas y organizativas, o en el ámbito de la gestión de la calidad.

Cuatro ámbitos de actuación que pretenden completar la acción del legislador, conscientes de que el Derecho no es solo un conjunto de reglas escritas, sino el resultado de su efectiva aplicación por el conjunto de hombres y mujeres que, día a día, lo gestionan y conducen en nuestros juzgados y tribunales.

La Nueva Oficina Judicial y el conjunto de transformaciones que comporta requiere de la colegiación de esfuerzos y del diálogo permanente entre todos los actores implicados. Y para ello es necesario evitar equívocos y contar desde el inicio con pleno acceso a la información y con la posibilidad de perfeccionar el conocimiento mediante procesos específicos de formación. Solo así la “novedad” se convertirá en normalidad y la reordenación de la Administración de Justicia es un proceso exitoso al servicio de los ciudadanos.

**Francisco Caamaño Domínguez**

Ministro de Justicia





MINISTERIO  
DE JUSTICIA



# LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

---

## I PARTE





## UNIDAD 1

### EL NUEVO MODELO DE OFICINA JUDICIAL

Esta Unidad tiene por objeto introducir el nuevo modelo de oficina judicial, exponiendo los motivos que han dado lugar a la reforma, así como los principios que la informan; en particular, la jerarquía, la división de funciones y coordinación. Asimismo, dentro de este bloque, deberá darse una visión general de la estructura de la oficina, distinguiendo, en este sentido, la función jurisdiccional, vinculada a las unidades procesales de apoyo directo, la procedimental, vinculada a la figura del secretario judicial, integrada por los servicios comunes y la administrativa, enmarcada dentro del ámbito del Ministerio de Justicia y las CCAA con competencias transferidas.

#### ÍNDICE

<b>I. ANTECEDENTES. NECESIDAD DE UN NUEVO MODELO DE OFICINA JUDICIAL...</b>	<b>14</b>
<b>II. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA JUDICIAL</b>	<b>16</b>
1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA.....	17
2. DIVISIÓN DE FUNCIONES.....	18
3. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN.....	19
4. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO.....	19
<b>III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA-CGPJ EN EL DISEÑO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL.....</b>	<b>20</b>
1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA.....	20
2. COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL PARA EL DISEÑO Y CREACIÓN DE LOS SERVICIOS COMUNES PROCESALES.....	23
<b>IV. LA INTERVENCIÓN DEL CGPJ EN EL ASEGURAMIENTO DE UN MODELO HOMOGÉNEO.....</b>	<b>23</b>
<b>V. ESTRUCTURA DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL.....</b>	<b>24</b>
1. UNIDADES PROCESALES DE APOYO DIRECTO.....	24
2. SERVICIOS COMUNES PROCESALES.....	26
A) Servicio común general.....	27
B) Servicio común de ordenación del procedimiento.....	27
C) Servicio común de ejecución.....	28
3. UNIDADES ADMINISTRATIVAS.....	29





## I. ANTECEDENTES. NECESIDAD DE UN NUEVO MODELO DE OFICINA JUDICIAL

Es de sobra conocido el descontento con la Administración de Justicia de los distintos colectivos de profesionales por el mal funcionamiento de la misma, la escasez de medios personales y materiales para hacer frente al incremento de la litigiosidad y de la carga de trabajo a asumir. Reivindican una reforma en profundidad del sistema judicial y una mejora sustancial de los medios con los que cuentan en la actualidad para llevar a cabo su función. Pero no sólo destaca el descontento de estos colectivos sino también y sobre todo de los ciudadanos tanto de aquellos a quienes presta servicio como de aquellos que no se encuentran incurso en procedimiento alguno. Un informe del Defensor del Pueblo señala que los ciudadanos se encuentran preocupados y alarmados ante los fallos del sistema judicial, el volumen de asuntos pendientes de resolución judicial o la lentitud de la justicia. Por otra parte, según informes realizados por el Consejo General del Poder Judicial, las quejas y reclamaciones de los ciudadanos contra el funcionamiento general de la Administración de Justicia van en considerable aumento y están fundados en los retrasos, deficientes instalaciones y la deficiente atención que reciben cuando acuden a nuestros Juzgados y Tribunales. La mayor parte de las irregularidades denunciadas son porque la justicia ni es ágil, ni está tecnológicamente avanzada.

Todos los operadores jurídicos coinciden en señalar que el actual modelo de Oficina Judicial se encuentra agotado. Nos encontramos con un modelo de Oficina válido para la España del Siglo XIX, eminentemente rural, pero completamente desfasado en el Siglo XXI. Un modelo de Oficina Judicial en el que la organización de cada Juzgado depende de los criterios que en cada momento tenga el titular del mismo, pero en el que resulta imposible la aplicación de técnicas modernas de gestión.

En efecto, la oficina judicial actual se caracteriza por los rasgos siguientes:

- Dispersión, existiendo tantas oficinas judiciales como órganos unipersonales y colegiados, lo que impide la utilización de economías de escala y alcance.
- Infratilización de capacidades y aptitudes profesionales de los secretarios judiciales.
- Indefinición de funciones y de carrera profesional de los diferentes cuerpos al servicio de la administración de justicia. (la mayoría de Juzgados a la hora de organizar el trabajo, todo lo más, realizan un reparto por números).
- Inexistencia de métodos de trabajo racionales y homogéneos.
- Inmuebles dispersos y espacios utilizados indebidamente.
- Desarrollo de tecnologías en cada una de las administraciones responsables con problemas de compatibilización e infratilización de las mismas.
- Inexistencia de control eficiente e inexistencia de responsabilidades.
- Capacidad productiva condicionada a la capacidad resolutoria de jueces y magistrados.





Por tanto, si queremos que el sistema funcione de una forma más eficiente, no cabe duda de que uno de los pilares sobre los que se debe asentar la reforma es el de la organización, división y especialización de las funciones de las personas que trabajan en nuestros órganos judiciales. Para ello es necesario que:

- los jueces y magistrados dediquen todos sus esfuerzos a su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado,
- atribuir a otros funcionarios funciones y responsabilidades que no tienen carácter jurisdiccional y que hasta ahora vienen ejerciendo los jueces, y
- establecer sistemas de organización del trabajo de todo el personal de forma que el mismo desempeñe sus funciones con la máxima eficacia y responsabilidad.

La necesidad de un cambio sustancial en el modelo organizativo de la Administración de Justicia se puso de relieve por las principales fuerzas políticas en el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, en el que se sentaron las bases de un nuevo modelo de oficina judicial. “*Que la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales.*”

En efecto, se propone:

- una mejor delimitación de funciones de cada uno de los miembros de la oficina,
- la utilización de las relaciones de puestos de trabajo como instrumento adecuado para la identificación de tareas y fijación de niveles de responsabilidad,
- y el uso obligatorio de medios informáticos y telemáticos tanto en las propias oficinas judiciales como en las relaciones con los profesionales que actúan en el ámbito de la Administración de Justicia.

Como culminación de esta demandada reforma estructural de la oficina judicial se promulgó la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (en lo sucesivo L.O. 19/2003), en la que se diseña un nuevo modelo que funcionará con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones.

Así se concibe la Oficina Judicial como la organización de carácter instrumental que, de forma exclusiva, sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales. Es decir, el conjunto de medios personales, materiales y tecnológicos que rodean al juez en el desarrollo cotidiano de su trabajo. Una adecuada organización y un





funcionamiento eficaz y eficiente de esta oficina judicial son la pieza clave de una buena administración de justicia.

La estructura básica de la nueva oficina judicial es la **unidad procesal de apoyo directo**, vinculada directamente al titular del órgano jurisdiccional y con la asignación del personal mínimo indispensable para llevar a cabo sus funciones y se crean los **servicios comunes procesales**, que bajo la dirección de los secretarios judiciales, asumen labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales.

Por otro lado, se crean las **unidades administrativas**, que son las que, sin estar integradas en la oficina judicial, se constituyen en el ámbito de la Administración de justicia para dirigir, ordenar y gestionar los recursos humanos, así como para gestionar los medios informáticos, las nuevas tecnologías y otros medios materiales.

Se pretende con este nuevo diseño una organización que haga posible la introducción de metodologías de trabajo y criterios de gestión homogéneos en todas las oficinas judiciales, la racionalización de los medios y la incorporación de las nuevas tecnologías, con la finalidad de obtener un servicio más ágil, eficaz y de calidad que preste una mejor atención a los ciudadanos. Con la Nueva Oficina Judicial se pretende modernizar y racionalizar la infraestructura personal, material y tecnológica que rodea al juez. La intendencia cotidiana del juzgado o tribunal ya no estará a cargo del juez, en detrimento de sus funciones esenciales, sino de la Nueva Oficina Judicial dirigida por el Secretario Judicial. Toda la labor de tramitación de los expedientes y la ejecución de las sentencias ya dictadas pasará a ser competencia del Secretario y de su equipo. El juez puede dedicarse a celebrar juicios y a dictar sentencias, lo cual contribuirá a que el número de sentencias dictadas aumente y la justicia sea más rápida.

## II. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA OFICINA JUDICIAL

La Ley Orgánica. 19/2003 nace con vocación de modernizar la oficina judicial de manera que se de cumplimiento a los objetivos fijados en el Pacto de Estado, pues una nueva estructura de la oficina judicial se considera pieza clave y esencial para una justicia más ágil, eficaz y atenta a las necesidades del ciudadano.

Se recoge así un nuevo modelo de oficina que pretende dar satisfactoria respuesta a las necesidades de los ciudadanos deslindando claramente lo jurisdiccional de lo organizativo y que, como define, el artículo 435 LOPJ debe configurarse como aquella organización de carácter instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de jueces y tribunales.

Se trata, por tanto, de una “organización de carácter instrumental”; una estructura organizativa que sirve de medio para lograr el objetivo de garantizar los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica. En este sentido se ha configurado como cualquier otra Administración, como una empresa de servicios, y por tanto a ella se aplican los principios propios de cualquier estructura organizativa. En este sentido dispone el apartado 2 del artículo 435 LOPJ:





*“2. La estructura básica de la Oficina judicial, que será homogénea en todo el territorio nacional como consecuencia del carácter único del Poder al que sirve, estará basada en los principios de jerarquía, división de funciones y coordinación.”*

## 1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA

El principio de jerarquía se entiende como la ordenación vertical y gradual de los órganos de la Administración, estableciéndose un sistema de relaciones entre el superior y el subordinado y en su sentido inverso. Supone la creación de unidades diferenciadas dentro de una organización al frente de las cuales se encuentra un jefe que asume la dirección de un conjunto de trabajadores. Al mismo tiempo existe otro jefe que encabeza o asume la dirección de varias de estas unidades y así sucesivamente.

Este principio de jerarquía constituye la base de la nueva organización pues a través de ella se van a estructurar y gestionar las oficinas judiciales y constituye un requisito fundamental para garantizar la unidad de actuación imprescindible para una eficaz y eficiente Administración de Justicia.

Tiene su manifestación no sólo en la dependencia orgánica de los miembros que la integran sino, sobre todo, en la dependencia funcional de los mismos a través de los puestos de trabajo en que se ordenan las oficinas.

Fiel reflejo de este principio en el nuevo modelo de oficina judicial es, por un lado, la nueva ordenación jerárquica del Cuerpo de Secretarios judiciales a través de una organización piramidal del mismo al frente del cual se encuentra el Secretario General y, por otro, la propia estructura de las oficinas organizadas en servicios comunes las cuales pueden estructurarse en secciones y, en su caso, en equipos cuando las necesidades del servicio lo aconsejen. Al frente de los distintos servicios comunes se encuentra el director del servicio común que habrá de ser un secretario judicial y al frente de las distintas secciones o equipos habrá un jefe según dispongan las relaciones de puestos de trabajo; jefaturas que junto con los secretarios judiciales pueden ostentar los funcionarios de los Cuerpos de Gestión, Tramitación y Auxilio Judicial en virtud de los artículos 476, 477 y 478 LOPJ.

La asunción de estas jefaturas supone el ejercicio de las funciones propias de la misma: dirección, supervisión, inspección y resolución de conflictos. Éstas se canalizan a través de la planificación, toma de decisiones, organización, distribución y control del trabajo, control del rendimiento sobre el mismo y por la impartición de órdenes e instrucciones generales o particulares necesarias para el buen funcionamiento del servicio. Además, corresponde a los Secretarios de Gobierno y los Secretarios Coordinadores Provinciales cursar circulares e instrucciones de servicio a los secretarios judiciales de su territorio, y a los secretarios directores de servicios comunes hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que les sean propios, las órdenes y circulares que reciban de los mismos. Deberá respetarse en todo caso la independencia de criterio de los secretarios judiciales en los asuntos concretos en que intervengan en





su calidad de fedatarios públicos o en el ejercicio de sus competencias de ordenación y dirección del proceso.

## 2. DIVISIÓN DE FUNCIONES

La división de funciones es el mejor medio de obtener el máximo provecho de los integrantes de una organización y supone la delimitación de las que corresponden a cada uno de los miembros de la misma. Tiene por finalidad producir más y mejor con el mismo esfuerzo porque reduce el ámbito sobre el que centrar la atención y el esfuerzo, adquiriendo, de esta forma, mayores habilidades y facultades que aumentan su rendimiento. De hecho cuanto más grande es una organización tanto mayor debe ser la división de funciones pues sólo a través de esta división puede obtenerse una mayor productividad, unos resultados más uniformes y eficientes. La división de funciones aumenta el rendimiento porque ayuda a los trabajadores a aumentar sus habilidades y, en este sentido, supone ahorro de tiempo. De hecho, cada cambio de puesto o de tarea implica un esfuerzo de adaptación que disminuye la producción.

Esta división de funciones tiene su manifestación en el modelo de oficina judicial a través de los distintos equipos en que pueden dividirse las secciones integradas en los distintos servicios comunes. De hecho cuánto más grande es la oficina tanto mayor será el número de equipos/secciones en que se estructuran los distintos servicios. Y dentro de esta estructuración la misma dirección de los servicios comunes, propia del principio de jerarquía, constituye la primera manifestación de esta distribución de tareas al establecer una diferenciación de las funciones propias del superior y el subordinado. Pero no debe entenderse de forma aislada sino que las funciones asignadas a cada uno deben entenderse en su conjunto, como una pieza dentro de una organización cuya suma guarda una coherencia y lógica interna; un sistema organizado donde todos los aspectos y fases de la tramitación procesal se encuentren cubiertos y coordinados.

Además en este modelo de oficina el trabajo ya no se distribuye por número de expedientes entre el personal que integra las oficinas sino por trámites y fases del procedimiento obviando, de esta forma, el “todos hacen de todo” propio del actual sistema de organización.

En consecuencia se logra una mayor especialización de sus miembros garantizando de esta forma una mayor agilidad y eficacia de la Administración. Cuanto mayor sea la división de funciones tanto mayor será la especialización de los integrantes de la oficina pero, en todo caso debe garantizarse una adecuada flexibilidad de la misma para permitir una organización adaptada a las necesidades del servicio. De ahí que la LOPJ atribuya a los secretarios judiciales, funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal, Tramitación Procesal y de Auxilio Judicial la facultad de realizar aquellas otras funciones de naturaleza análoga a las inherentes a su puesto que les sean encomendadas por sus superiores.





### 3. PRINCIPIO DE COORDINACIÓN

Constituye uno de los pilares sobre los que se asienta la nueva oficina judicial. La jerarquía y la división de funciones no son suficientes para conseguir una adecuada organización sino que, junto a ellos, deviene imprescindible la coordinación; coordinación que ha de darse entre los órganos de una misma estructura (interorgánica). El objetivo perseguido es una buena comunicación entre las distintas unidades ya que de ellos depende el buen funcionamiento de la oficina.

Aún cuando esta coordinación puede articularse a través del principio de jerarquía es decir, a través de la potestad que tiene el órgano superior de dar órdenes generales o particulares a los órganos que coordina, ésta no es suficiente. Además se articulan técnicas específicas de coordinación como las juntas de coordinación, la organización y distribución del trabajo y los protocolos de actuación que deberán respetar, por un lado, el diseño que de la oficina realicen las Administraciones competentes y, por otro, las funciones de los puestos en que se ordenen las relaciones de puestos de trabajo.

### 4. PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO

La Oficina judicial es el conjunto de medios personales, materiales y tecnológicos que rodean al juez para el desarrollo de su función jurisdiccional y, como recoge el artículo 435.3 LOPJ, “... funcionará con criterios de *agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones, de manera que los ciudadanos obtengan un servicio próximo y de calidad, con respeto a los principios recogidos en la Carta de Derechos de los ciudadanos ante la Justicia.*”

a) **Agilidad:** implica diligencia, una Administración que actúe con rapidez, dando pronta respuesta a las necesidades del justiciable, garantizando en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos. Según el Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre las quejas remitidas a través de las Oficinas de Atención al Ciudadano, esto sólo podrá lograrse a través de una tramitación más rápida de los procedimientos, una mayor presencia de plantilla y la utilización de las nuevas tecnologías

b) **Eficacia y eficiencia:** la eficacia es la capacidad para lograr el efecto que se desea o espera. Se basa en los resultados que se deben obtener, que sea realizado sin demoras o molestias innecesarias. Por su parte la eficiencia es la facultad de utilizar los recursos de la mejor manera posible. Aún cuando mayor dotación presupuestaria es necesaria todos los expertos coinciden en que su eficacia y eficiencia aumentaría si se invirtiese acertadamente.

c) **Racionalización del trabajo:** Encontrar los métodos más rápidos y los instrumentos más adecuados para la realización de tareas. Como propuso Taylor el trabajo puede ser mejor ejecutado si hay una división y subdivisión de todas las tareas mediante descomposición de las mismas eliminando las tareas innecesarias e inútiles. Con esto se consigue ahorro de tiempo y esfuerzo.





d) **Responsabilidad por la gestión:** El principio de división de funciones implica una delimitación clara de las funciones propias de cada puesto, y por tanto de su responsabilidad, poniendo fin a la falta de concreción del sistema actual. Esto supone una mayor diligencia en el ejercicio de las funciones propias, estimulando la implicación y motivación profesional.

e) **Coordinación y cooperación entre Administraciones:** la distribución de competencias entre el Estado, las CC.AA., y el CGPJ en materia de Justicia hacen necesario arbitrar un sistema de cooperación entre las mismas, respetando el ejercicio legítimo de las competencias de otras administraciones, facilitándose la información que precisen sobre la actividad que desarrollen y prestando, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias. (Ley 30/92).

En este sentido los secretarios judiciales asegurarán la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las Comunidades Autónomas que hayan recibido los traspasos de medios personales al servicio de la Administración de Justicia, para posibilitar el ejercicio de sus respectivas competencias en aras a conseguir un adecuado servicio público de la justicia y colaborarán con dichas Comunidades Autónomas para la efectividad de las funciones que éstas ostenten en materia de organización de medios personales y materiales, dando cumplimiento en el ámbito competencial de los Secretarios Judiciales a las instrucciones que a tal efecto reciban a través de sus superiores jerárquicos, elaboradas por las Administraciones con competencias en esta materia. Para una mejor coordinación se constituirán comisiones mixtas de Secretarios Judiciales y representantes de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en sus respectivos ámbitos territoriales, de las que formarán parte, al menos, los Secretarios Coordinadores Provinciales.

f) **Flexibilidad:** no todos los órganos jurisdiccionales han de tener el mismo tipo de oficina sino cada una la que corresponda en función de las competencias asumidas, orden jurisdiccional, volumen de asuntos... Cualquier organización ha de introducir en su estructura criterios de flexibilidad que impidan la disfunción del servicio que prestan. (436.3 LOPJ)

### III. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA-CGPJ EN EL DISEÑO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

#### 1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ESTADO-CC.AA

Ya establecía la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 19/2003 que las Oficinas judiciales no podían ser ajenas al Estado autonómico, en la medida en que se había producido un intenso proceso de transferencias en el ámbito de la justicia que obligaba a una detallada delimitación de los ámbitos competenciales de las Administraciones





implicadas en la dotación de medios personales y materiales al servicio del Poder Judicial.

Para ello la reforma de 2003 trata de conseguir dos objetivos: por un lado, una delimitación de los ámbitos competenciales de las Administraciones implicadas y, por otro, lograr un correcto funcionamiento de la Oficina judicial a través de la coordinación y cooperación entre administraciones. Pero para abordar esta intervención es necesario distinguir entre las dos unidades en las que se compone la oficina judicial: las unidades procesales de apoyo directo y los servicios comunes procesales.

Dispone el artículo 436.3 LOPJ “El diseño de la oficina judicial será flexible. Su dimensión y organización se determinarán, por la Administración Pública competente, en función de la actividad que en la misma se desarrolle.”

Cuando se refiere a la Administración Pública competente esta es el Ministerio de Justicia cuando se trata del desarrollo de las unidades procesales de apoyo directo y el Ministerio de Justicia y las CC.AA. con competencias asumidas cuando se trata del diseño y creación de los servicios comunes.

#### 1. Unidades Procesales de Apoyo Directo:

Conforme al artículo 437.5 LOPJ Corresponde al Ministerio de Justicia determinar las dotaciones básicas de las unidades procesales de apoyo directo, dotación básica que:

- requiere previo informe del CGPJ y de las CC.AA. con competencias asumidas en virtud del principio de colaboración entre administraciones que ha de presidir toda la puesta en marcha de la Oficina judicial. Del CGPJ en la medida en que se trata de una unidad que asiste a jueces y magistrados en el ejercicio de su función y de las CC.AA. en la medida en que los funcionarios integrados en estas unidades dependen orgánicamente de las mismas y a ellas corresponde la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo.
- garantizará, en todo caso, el correcto funcionamiento del órgano jurisdiccional, si bien no existe inconveniente para que las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia puedan, por encima de esa dotación mínima, establecer un número mayor de funcionarios que desempeñen sus puestos de trabajo en aquéllas.

#### 2. Servicios Comunes Procesales:

Serán el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de Justicia quienes decidan acerca de la creación y diseño de los Servicios Comunes Procesales, cada uno en su respectivo ámbito competencial. Así lo recoge el artículo 438.3 LOPJ cuando dispone:





*“El Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas en sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales, con funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria. Las Salas de gobierno y las Juntas de jueces podrán solicitar al Ministerio y a las comunidades autónomas la creación de servicios comunes, conforme a las específicas necesidades.*

*Asimismo, podrán crear servicios comunes procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas a las relacionadas en este número, en cuyo caso, será preciso el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial.”*

Pero aún cuando deciden sobre su propio ámbito el Ministerio de Justicia puede influir, de forma indirecta, en el diseño que las CC.AA. hagan de los Servicios Comunes Procesales pues:

- de conformidad con el artículo 438.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Servicios Comunes Procesales pueden estructurarse en secciones, y éstas, a su vez, en equipos. Pues bien, nada excluye que al frente de estas secciones pueda haber un Secretario Judicial, ya que el Cuerpo de Secretarios se organiza de forma jerarquizada y nada impide que uno pueda ejercer una jefatura sobre otro, lo que expresamente se recoge en el artículo 438.5.
- las relaciones de puestos de trabajo contendrán la dotación de todos los puestos de trabajo de las distintas unidades que componen la Oficina judicial, incluidos aquellos que hayan de ser desempeñados por Secretarios Judiciales (Art. 521.2 LOPJ)
- el Ministerio de Justicia es competente para la ordenación de los puestos de trabajo de las oficinas judiciales asignados al Cuerpo de Secretarios judiciales en todo el territorio del Estado (Art. 522.1 párrafo 2º LOPJ)
- al Ministerio de Justicia corresponde la aprobación definitiva de las relaciones de puestos de trabajo que sólo podrá denegarlas por razones de legalidad (Art. 522.2 2LOPJ)
- las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en esta materia presentarán las relaciones de puestos de trabajo de las Oficinas judiciales de su territorio al Ministerio de Justicia, quien, a su vista, podrá determinar qué puestos de trabajo corresponden a los Secretarios Judiciales (Art. 522.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

### 3. Unidades Administrativas:

Según el artículo 439.2 LOPJ, corresponde a cada Administración en su propio ámbito territorial, el diseño, la creación y organización de las unidades administrativas necesarias y de las oficinas comunes de apoyo, la determinación de su forma de





integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, así como la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

## **2. COMPETENCIAS DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL PARA EL DISEÑO Y CREACIÓN DE LOS SERVICIOS COMUNES PROCESALES**

En el caso de que los Servicios Comunes Procesales pretendan proyectarse sobre la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas a las detalladas en el artículo 438.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , será preciso que el Consejo General del Poder Judicial informe favorablemente, es decir, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece expresamente un ámbito material de los servicios comunes y prevé que si éstos se despliegan sobre cualquier otro ámbito ( y especialmente sobre la ordenación del proceso), la creación de esos servicios debe ser autorizada por el Consejo General del Poder Judicial.

Además el Poder Judicial tiene incidencia en la creación de Servicios Comunes Procesales a través de las competencias de las Salas de Gobierno y de las Juntas de Jueces. Así, las Salas de Gobierno y las Juntas de Jueces podrán solicitar al Ministerio de Justicia o a la Comunidad Autónoma la creación de Servicios Comunes Procesales, conforme a las específicas necesidades.

## **IV. LA INTERVENCIÓN DEL CGPJ EN EL ASEGURAMIENTO DE UN MODELO HOMOGÉNEO**

Artículo 438.7 LOPJ: “El Consejo General del Poder Judicial podrá establecer criterios generales que permitan la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales de la misma clase en todo el territorio nacional que, en ningún caso, podrán incidir en el ejercicio de la función jurisdiccional o en las competencias de las Administraciones públicas en el ámbito de la Administración de Justicia.”

Siendo los Servicios Comunes Procesales parte de la Oficina judicial que es una organización de carácter instrumental que sirve de soporte a la actividad jurisdiccional de Jueces y Tribunales (artículo 435.1 LOPJ), siempre, para el adecuado ejercicio de esta función jurisdiccional, el Consejo General del Poder Judicial puede establecer aquellos criterios. Supone por tanto establecer criterios para la unificación de determinadas prácticas procedimentales en la medida en que los jueces siguen ostentando la superior dirección del proceso y porque la correcta y uniforme aplicación de las normas procesales puede incidir de modo directo en la resolución que dicte el Juez o Tribunal.

Ahora bien, esta homogeneización encuentra dos límites en el mismo artículo: no podrán incidir, ni en el ejercicio de la función jurisdiccional ni en las competencias de las Administraciones.





La finalidad de establecer criterios de homogeneidad radica en fijar unas líneas generales que otorguen uniformidad al funcionamiento de los distintos servicios comunes de la misma clase en cualquier territorio ya sea del ámbito gestionado por el Ministerio de Justicia o del ámbito gestionado por las Comunidades Autónomas con competencias transferidas.

Ahora bien, estos criterios de homogeneidad de las actuaciones han de coexistir con otros instrumentos normativos como son las Circulares e Instrucciones del Ministerio de Justicia, de las Comunidades Autónomas, de los Secretarios de Gobierno y de los Secretarios Coordinadores, y los llamados Protocolos de actuación y, en consecuencia, deben establecerse unas líneas muy generales de funcionamiento de los servicios comunes procesales, tratando de no descender al detalle material de cada actuación que se realice en el servicio común de que se trate, para, con ello salvaguardar el ámbito competencial de las distintas Administraciones Públicas.

## V. ESTRUCTURA DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

El modelo de Nueva Oficina Judicial impulsado desde el Ministerio de Justicia parte de la distinción básica establecida por la LO 19/2003 entre unidades procesales de apoyo directo, que asumen la tramitación de todos aquellos asuntos cuyo conocimiento tengan atribuidos legalmente los jueces y tribunales, asistiéndolos mediante la realización de las actuaciones precisas para el eficaz cumplimiento de la función jurisdiccional, y los servicios comunes procesales, que asumen labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de las leyes procesales.

Además, se contempla la existencia de las unidades administrativas, que, sin estar integradas en la Oficina Judicial, tienen como objetivo la gestión de recursos humanos, materiales, destacando entre éstos últimos los informáticos y de nuevas tecnologías, de los que depende en parte el éxito de la nueva organización.

Pasemos a analizar la estructura de cada uno de estos elementos:

### 1. UNIDADES PROCESALES DE APOYO DIRECTO

Las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales son las unidades de la Oficina Judicial que asisten a Jueces y Magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, realizando las actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten, de conformidad con lo dispuesto en el art. 437 LOPJ.





Estas unidades contarán con un secretario judicial que ejercerá las competencias y funciones que le son propias, pudiendo por motivos de racionalización del servicio, actuar en más de una de estas unidades.

Existirán tantas UPAD como Juzgados, o en su caso, Salas o Secciones de los Tribunales que estén creados y en funcionamiento, integrando junto a sus titulares el respectivo órgano judicial.

Cada unidad contará con los puestos de trabajo necesarios para la atención del órgano de que se trate, que será la imprescindible para apoyar al Juez o Magistrado, dado que muchos de los trámites procedimentales, que hasta ahora eran competencia de éstos serán asumidos por los Secretarios Judiciales, quienes los llevarán a cabo desde los Servicios Comunes Procesales.

Los puestos de trabajo de las unidades procesales de apoyo directo, sólo pueden ser cubiertos por personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, reserva de función expresamente establecida en el art. 435.4 de la LOPJ.

Según la Orden JUS/3244/2005 de 18 de octubre, las Dotaciones Básicas comprenden los puestos de trabajo mínimos que deben integrarse en una unidad procesal de apoyo directo para garantizar el correcto funcionamiento del órgano jurisdiccional al que presten servicios.

Las administraciones competentes en materia de gestión de medios al servicio de la Administración de Justicia podrán mejorar las dotaciones básicas a través de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, conforme al art. 522 LOPJ.

El incumplimiento de las dotaciones básicas de las UPADS determinará la denegación de la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo, conforme al artículo antes citado.

La Disposición Transitoria Única de dicha Orden fija la supresión de la actual estructura de Juzgados y Tribunales y de los actuales puestos de trabajo desempeñados por el personal al servicio de la Administración de Justicia a medida que entre en funcionamiento el nuevo modelo de oficina judicial y sean aprobadas las relaciones de puestos de trabajo de los centros de destino en los que se vaya produciendo el proceso de acoplamiento a la nueva oficina judicial.





## 2. SERVICIOS COMUNES PROCESALES

Se entiende por Servicio Común Procesal toda aquella unidad de la Oficina Judicial que, sin estar integrada en un órgano judicial concreto, asume labores centralizadas de gestión y apoyo en actuaciones derivadas de la aplicación de leyes procesales, prestando apoyo a todos o a alguno de los órganos judiciales de su ámbito territorial, con independencia del orden jurisdiccional al que pertenezcan y la extensión de su jurisdicción.

El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en sus respectivos territorios serán competentes para el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales (con funciones de: registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria), pudiendo las Salas de Gobierno y las Juntas de Jueces solicitar al Ministerio y a las Comunidades Autónomas la creación de servicios comunes, conforme a las específicas necesidades. Para la creación de servicios comunes procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas de las citadas será preciso el informe favorable del Consejo General del Poder Judicial.

El principio de flexibilidad que inspira la creación y organización de los Servicios Comunes permitirá a la administración competente determinar los equipos y secciones que sean precisos para atender adecuadamente a las necesidades del servicio, así como de personal.

La dirección de los servicios comunes corresponderá al Cuerpo de Secretarios Judiciales, y cada servicio común estará dividido en secciones y éstas, a su vez si el servicio lo requiere, en equipos cuya jefatura, corresponderá al Cuerpo de Secretarios Judiciales, Gestores Procesales, Tramitadores Procesales o Auxiliares Judiciales. Es un diseño de reparto equilibrado de las jefaturas para que tengan acceso a las mismas, funcionarios de todos los cuerpos, teniendo en cuenta para la elección de estas jefaturas, así como para la dotación que integra la sección o equipo de que se trate las funciones propias de cada cuerpo.

El Secretario director del servicio común procesal deberá hacer cumplir, en el ámbito organizativo y funcional que le es propio, las órdenes y circulares que reciba de sus superiores jerárquicos. En el ámbito jurisdiccional, responderán del estricto cumplimiento de cuantas actuaciones o decisiones adopten Jueces o tribunales en el ejercicio de sus competencias.

El art. 438.7 LOPJ, atribuye al CGPJ competencias para establecer criterios generales que permitan la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes de la misma clase en todo el territorio nacional, con dos limitaciones: no incidir en el ejercicio de la función jurisdiccional, ni en las competencias de las Administraciones Públicas en el ámbito de la Administración de Justicia.





La finalidad es fijar unas líneas generales que otorguen uniformidad al funcionamiento de los distintos servicios comunes de la misma clase, en cualquier territorio, ya sea gestionado por el Ministerio de Justicia o por las CCAA con competencias transferidas.

Estos criterios de homogeneidad de las actuaciones, coexistirán con otros instrumentos normativos, como las Circulares e instrucciones del Ministerio de Justicia, de las CCAA, de los Secretarios de Gobierno y de los Secretarios Coordinadores, así como los protocolos de actuación, por lo que serán líneas muy generales de funcionamiento de los servicios comunes procesales, tratando de no descender al detalle material de cada actuación que se realice en el servicio común de que se trate, para con ello salvaguardar el ámbito competencial de las distintas Administraciones Públicas.

Según el modelo de oficina judicial diseñado por el Ministerio de Justicia con carácter general, existen tres servicios comunes procesales:

- A. Servicio Común General,
- B. Servicio Común de Ordenación del Procedimiento.
- C. Servicio Común de Ejecución.

#### **A) SERVICIO COMÚN GENERAL**

Bajo la dirección de un Secretario Judicial, asumirá aquellas labores centralizadas de gestión y apoyo no encomendadas expresamente a otros servicios comunes procesales y se organizará, cuando la estructura así lo requiera, en secciones y equipos.

Entre estos cometidos, dentro del modelo del Ministerio de Justicia encontramos las funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, depósito y archivo, atención a profesionales y asistencia a víctimas, estadística, averiguación patrimonial y de domicilio y caja.

#### **B) SERVICIO COMÚN DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Bajo la dirección de un Secretario judicial, asumirá la tramitación de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del Juez o Magistrado de conformidad con lo establecido en las leyes procesales, quedando la ordenación del procedimiento bajo la competencia de los secretarios destinados en estos servicios.





Este servicio común constituye la pedra angular del sistema, siendo preciso el despliegue inmediato de dicho servicio, salvo en aquellos partidos judiciales, que no cuenten con el número de efectivos suficiente.

En otro caso se deberá impulsar y ordenar el proceso, desde las unidades procesales de apoyo directo, lo que supone que en cada una de éstas haya un secretario judicial y se sobrepasarían las funciones, que corresponden a las mismas, consistentes en asistir a Jueces y Magistrados en el ejercicio de las funciones que les son propias, y no a los Secretarios judiciales cuando dicten sus diligencias o decretos durante la tramitación de los procedimientos. Además se reproduciría el mismo modelo y problema que existe actualmente en nuestras oficinas judiciales.

Este modelo no significa que el Juez o Tribunal pierdan el control del proceso. Existen otros mecanismos de supervisión y control, como por ejemplo el sistema de recursos que permite al titular del órgano judicial conocer de las impugnaciones interpuestas contra las resoluciones del secretario judicial. a través del recurso de revisión. Otros mecanismos de control son la superior inspección y vigilancia reservada a Jueces y Magistrados por el artículo 165 LOPJ, y la posibilidad de recabar información sobre el procedimiento en todo momento, recogida en el 436.6 LOPJ.

En virtud del principio de flexibilidad que debe regir la organización de la oficina judicial, y en función de las características y especificidades de cada partido judicial, los servicios comunes de ordenación del procedimiento se podrán organizar en secciones, que asumirán las funciones de ordenación de cada orden jurisdiccional, o, en su caso, de más de una jurisdicción, cuando haya similitud en el trámite, o en función de la clase de órgano judicial.

### **Funciones del Servicio Común de Ordenación del Procedimiento**

En estos servicios se realizarán, entre otras y en función del orden jurisdiccional, las funciones de admisión a la demanda, previo examen de requisitos formales, emplazamiento y traslados para contestar., señalamientos de audiencias previas, preparación de pruebas acordadas, preparación de diligencias, tramitación de los recursos y archivo, en su caso.

### **C) SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN**

Bajo la dirección de un Secretario Judicial asumirá la ejecución de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del Juez o Magistrado, que tras la reforma procesal, suponen la mayor parte de los trámites que comprenden la ejecución de los pleitos, principalmente en civil, social y contencioso-administrativo.





En virtud del principio de flexibilidad que debe regir la organización de la oficina judicial, y en función de las características y especificidades de cada partido judicial, los servicios comunes de ejecución se podrán organizar en secciones, que asumirán las funciones de ejecución de cada orden jurisdiccional, o, en su caso, de más de una jurisdicción, cuando haya similitud en el trámite, o en función de la clase de órgano judicial.

### **Funciones del Servicio Común de Ejecución**

En estos servicios se realizarán, entre otras y en función del orden jurisdiccional, las funciones de emisión de decretos adoptando medidas ejecutivas, de localización y averiguación de bienes y requerimiento de pago, traslados al ejecutante, preparación de las oposiciones a la ejecución, incidentes de ejecución que no requieran resolución jurisdiccional y realización de las subastas de bienes.

### **3. UNIDADES ADMINISTRATIVAS**

Son aquellas que sin estar integradas en la oficina judicial se constituyen en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia, para la jefatura, ordenación y gestión de los recursos humanos de la Oficina Judicial sobre los que se tienen competencias, así como sobre los medios informáticos, nuevas tecnologías y demás medios materiales.

Así mismo dentro de dichas unidades, podrán establecerse por las administraciones competentes, oficinas comunes de apoyo a una o varias oficinas judiciales, para la prestación de servicios, cuya naturaleza no exija la realización de funciones encomendadas como propias a funcionarios de los Cuerpos de la Administración de Justicia y que se consideren necesarios o convenientes para el buen funcionamiento de las mismas.

Corresponderá a cada administración en su propio ámbito territorial el diseño, creación, y organización de las unidades administrativas necesarias y de las oficinas comunes de apoyo, la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, y dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

Los puestos de trabajo de las unidades administrativas podrán ser cubiertos por personal al servicio de la Administración de Justicia, de la Administración del Estado y de las CCAA, para lo que deberán reunir los requisitos y condiciones establecidas en la respectiva relación de puestos de trabajo.





MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Las funciones concretas de las Unidades Administrativas en el ámbito del Ministerio de Justicia deberán ser especificadas en una futura orden de creación, por las que se les atribuirán algunas de las que hasta el momento vienen desempeñando las gerencias territoriales.





## UNIDAD 2

### EL FUNCIONAMIENTO DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

Esta Unidad tiene por objeto, una vez conocida la estructura general de la nueva oficina, distinguir las funciones de cada uno de los servicios comunes procesales; en particular, las funciones de cada una de las secciones y equipos que dentro del modelo del Ministerio de Justicia integran el servicio común general, el servicio común de ordenación del procedimiento y el servicio de ejecución. Asimismo, una vez conocida la estructura y funciones, analizar las funciones concretas, dentro de cada uno de los servicios, de los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia. Finalmente, se incorporan normas generales de elaboración de protocolos de actuación y de relación de los servicios entre si y con otras unidades.

#### ÍNDICE

<b>I. FUNCIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES .....</b>	<b>32</b>
1. SERVICIO COMÚN GENERAL.....	32
2. SERVICIO COMÚN DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO .....	35
3. SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN .....	37
<b>II. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN .....</b>	<b>37</b>
<b>III. RELACIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES ENTRE SI Y CON OTRAS UNIDADES .....</b>	<b>39</b>
1. RELACIONES ENTRE LOS SERVICIOS DE LA OFICINA JUDICIAL.....	39
A) UPAD.....	40
B) SERVICIOS COMUNES .....	41
<b>IV. IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES .....</b>	<b>42</b>
1. Puestos genéricos.....	42
2. Puestos singularizados .....	47
<b>V. RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS DE LAS UNIDADES DE LA NOJ.....</b>	<b>48</b>
1. INTERNAS.....	48
2. EXTERNAS .....	50





## I. FUNCIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES

### 1. SERVICIO COMÚN GENERAL

Este Servicio Común General se estructura de la siguiente manera

a) Sección de Registro y Reparto. Estadística

Desde esta sección se organizará de forma centralizada todo el registro y reparto de demandas, escritos, denuncias, atestados, querellas, etc. Asimismo se registrará, clasificará y distribuirá la correspondencia recibida con destino a otro servicio común o a las UPADs de los órganos jurisdiccionales.

El objetivo perseguido es el registro en esta sección de todos los escritos iniciadores, de trámite, exhortos y correspondencia que reciban los órganos judiciales a que preste servicio. El buen funcionamiento de este servicio es pieza esencial del Plan de Transparencia Judicial. De acuerdo con dicho Plan, habrán de establecerse criterios uniformes, claros y precisos, y de obligado cumplimiento a la hora de registrar los asuntos, pues el correcto y uniforme registro de asuntos es el punto de arranque para la posterior obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español.

En concreto, son funciones de este servicio:

- Recepción, registro y reparto de demandas, escritos, atestados, querellas y cualquier otro iniciador del proceso.
- Registro, clasificación y distribución de la correspondencia recibida con destino a otro servicio común o a las UPAD de los órganos jurisdiccionales.

Como regla general, la Sección de Registro y Reparto, constará de dos equipos funcionales:

Equipo 1: “recepción de escritos, registro y reparto”.

Equipo 2: “equipo de auxiliares”.

Asimismo, dentro de esta Sección se organizará la función de estadística. La función de estadística tiene por objeto garantizar, de manera objetiva y neutra para todos los órganos jurisdiccionales, la consecución de una Estadística Judicial que se convierta propiamente en instrumento básico al servicio de las Administraciones públicas con competencias en la materia y del Consejo General del Poder Judicial para la planificación, desarrollo y ejecución de las políticas públicas relativas a la Administración de Justicia.

Se aplicarán los criterios uniformes y de obligado cumplimiento para todos que establezca la Comisión Nacional de Estadística Judicial sobre la obtención, tratamiento informático, transmisión y explotación de los datos estadísticos del sistema judicial español, en el marco del Plan de Transparencia Judicial que se conforma como un derecho de los ciudadanos y una obligación de los poderes públicos. Las Cortes





Generales, el Gobierno, las Comunidades Autónomas, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y los ciudadanos tendrán asegurada la información actualizada, rigurosa y debidamente contrastada sobre la actividad y carga de trabajo de todos los órganos, servicios y oficinas judiciales, así como sobre las características estadísticas de los asuntos sometidos a su conocimiento.

La materia estadística estará en parte directamente relacionado con el Registro y Reparto, puesto que los datos de entrada de asuntos provendrán del sistema informático de éste último, debiendo obtenerse los restantes datos del Servicio Común de Ordenación del Procedimiento y de los restantes servicios comunes procesales (Ejecución, Conciliaciones, etc.) y en algunos casos de las UPADs de los órganos judiciales.

b) Sección de actos de comunicación y auxilio judicial

Esta sección tendrá por objeto por un lado la realización de forma racional y eficiente de todos los actos de comunicación a los profesionales, a las partes, peritos y testigos, ya se realicen dentro o fuera de la Oficina judicial tanto en su modalidad de recepción, admisión y ordenación de diligencias como la realización de actos de ejecución tales como embargos, lanzamientos, remociones de depósito... y por otro la tramitación de exhortos a través del Servicio de auxilio o cooperación judicial practicándose desde aquí todas las actuaciones precisas para llevar a efecto esta cooperación y descargando así de trabajo a las UPADs.

Cuando el auxilio precise de la intervención del titular del órgano judicial será la dotación de funcionarios allí destinados la encargada de solicitar del titular del órgano la fecha para la realización de la diligencia, para posteriormente ocuparse de citar a las personas interesadas y de realizar cualquier otro trámite preciso para que el acto de cooperación judicial pueda llevarse a efecto.

Cuando el acto de cooperación no requiera de intervención judicial, será el propio Servicio o Sección de Actos de Comunicación y Auxilio Judicial quien realice el acto de comunicación de que se trate, sin necesidad de remitir el exhorto a órgano judicial alguno. Y ello sin perjuicio, lógicamente, de su reparto al menos de modo informático, según el turno o las normas de reparto aprobadas, pues la cooperación judicial siempre se realiza directamente de órgano judicial a órgano judicial.

Desde un punto de vista operativo serán una serie de funcionarios de tramitación los encargados de la recepción, admisión y ordenación de las diligencias que deban practicarse y funcionarios del cuerpo de auxilio judicial los que llevarán a cabo la realización material de los actos de comunicación. También está prevista la presencia de funcionarios del Cuerpo de Gestión para formar parte de la comisión judicial en la práctica de las diligencias en que sea necesario y que se encargará de la función de traslado de copias a los procuradores en los términos previstos en el Art. 276 de la LEC.

Esta Sección se organizará funcionalmente en dos equipos:





Equipo 1: encargado de la recepción, admisión y ordenación de las diligencias. Auxilio Judicial. Traslado de copias.

Equipo 2: encargado de la práctica de los actos de comunicación.

c) Sección de otros servicios

En esta sección se ubicarán todas aquellas funciones necesarias para el funcionamiento de las oficinas judiciales no ubicadas en otras secciones. En concreto desde esta sección se realizarán las siguientes tareas:

Equipo 1: Depósito y Archivo. Averiguaciones. Caja.

Sus funciones serán:

a) Depósito y Archivo: tendrá por objeto la recepción, clasificación (registro, catalogación y etiquetado) y custodia de todos los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como los efectos intervenidos en un procedimiento judicial y piezas de convicción. Además se encargará del archivo de los expedientes cuya tramitación haya finalizado provisional o definitivamente.

b) Averiguación patrimonial y de domicilio: Se ha considerado oportuno ubicar la tarea de averiguación patrimonial junto con la de averiguación de domicilio, a cargo del mismo equipo de funcionarios. Su tarea será la de realizar las consultas informáticas a través de los accesos telemáticos que se tengan con diversos registros y organismos públicos, sino también, a la vista del resultado de la información obtenida, la petición de nuevos datos complementarios a empresas, organismos o instituciones, de tal modo que la información que posteriormente suministre a la UPAD o a los servicios comunes procesales que la hubieran solicitado sea aprovechable y exhaustiva.

c) Caja: se ocupará de prestar servicio de información en orden a todo lo relativo a la cuenta de depósitos y consignaciones, de la entrega de todos los mandamientos de pago y órdenes de transferencia que acuerden librar todos los órganos judiciales a los que este servicio común presta apoyo, garantizando que se realice sin dilación y en los términos acordados. También se encargará de reproducir los mandamientos de devolución caducados o transferir al Tesoro Público las cantidades que se consideren fondos abandonados.

Realizará, además, las funciones centralizadas de caja que hasta el momento venían siendo asumidas por el decanato, como la recepción de ingresos en asuntos no repartidos, y su posterior reparto.

Equipo 2: Atención profesionales y litigantes. Asistencia a víctimas.

Sus funciones serán:

a) Atención: se función es dar información centralizada para conocer cualquier dato de interés relacionado con los procedimientos en los que son parte sin necesidad de tener que realizar como ocurre ahora, tantas visitas como órganos judiciales ocupados de sus pleitos. Además de esta ventaja para profesionales y litigantes, supone





un avance para los funcionarios que desempeñan su puesto de trabajo en UPADs y Servicios Comunes al no ver interrumpida su tarea por continuas peticiones de información.

Dicha información se efectuará conforme a la normativa en vigor así como el protocolo correspondiente, respetando la intimidad personal y el carácter secreto o reservado, en su caso, de las actuaciones.

b) Asistencia a víctimas: su función es la asistencia de las necesidades más perentorias de las víctimas de delitos conforme a un modelo de asistencia individual mediante la acogida-orientación, información de cualquier ayuda a la que puede acceder, velando por sus derechos, prestando asistencia en los ámbitos jurídico, psicológico, social, y su seguimiento. Serán funcionarios del Cuerpo de Gestión los encargados de esta función apoyados por funcionarios del Cuerpo de Tramitación Procesal.

Este servicio común contará, además, con un equipo de apoyo a funciones gubernativas. Este equipo, estará destinado al apoyo al Decano y a Presidencia de Audiencias Provinciales, para atender a las necesidades organizativas y de soporte a estas autoridades en el ejercicio de sus funciones gubernativas.

Además, en este servicio común, es posible la existencia de equipos de apoyo integrado por gestores y tramitadores que permitan cubrir cualquier incidencia (bajas laborales, formación, permisos o carga de trabajo excesiva de carácter no estructural) que pueda producirse en las dotaciones de las UPADs o de los Servicios Comunes, y en todos los tiempos en que no sea necesaria tal colaboración realizarán en el Servicio Común las tareas de apoyo que se les encomienden.

## **2. SERVICIO COMÚN DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

Bajo la dirección de un secretario judicial, asumirá la tramitación de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del Juez o Magistrado de conformidad con lo establecido en las leyes procesales, quedando la ordenación del procedimiento bajo la competencia de los secretarios destinados en estos servicios.

Este servicio se puede estructurar en secciones, que asumirán la ordenación del procedimiento de cada jurisdicción o, en su caso, de más de una jurisdicción, cuando haya similitud en el trámite, o en función de la clase de órgano judicial.

En aquellos partidos judiciales en que, atendiendo al número de órganos judiciales o cargas de trabajo, se estime necesario, se podrán crear diferentes servicios comunes procesales de ordenación del procedimiento por tipo de jurisdicción y/o por clase de órgano judicial. Una misma sección podrá asumir la tramitación de procedimientos de distintos órdenes jurisdiccionales cuando la carga y la organización del trabajo de la oficina judicial así lo requieran.

Como regla general se organizará en las siguientes secciones:





- Sección 1: Civil (incluyendo Familia, Mercantil y Jurisdicción Voluntaria), Social y Contencioso-Administrativo. (En algunas ciudades serán secciones diferenciadas).
- Sección 2: Penal

Este servicio común tramitará tanto los actos de conciliación previa al proceso civil como los actos de conciliación en los procedimientos de la jurisdicción laboral, sin perjuicio de que en la conciliación social las partes puedan llegar a una avenencia ante el juez hasta antes de dictar sentencia, tal y como hasta ahora ocurre.

Igualmente organizará la pronta y efectiva comunicación a los convocados a un acto procesal por el medio más rápido posible, en caso de suspensión, a fin de evitar desplazamientos o esperas innecesarias

Además, este servicio común contará con un equipo común de señalamientos. La función de este equipo radica en la coordinación de todos los señalamientos previstos referidos a los juicios, vistas y comparecencias que fueren acordando en la ordenación del procedimiento, mediante un sistema de agenda informática que posibilite el máximo el racional rendimiento de la actividad de las oficinas judiciales y también la optimización en la gestión de las salas de vistas y su utilización desde la primera hora de la mañana y todos los días hábiles de la semana. Sus funciones serán:

Agenda Programada de Señalamientos: Para la gestión de los señalamientos que se soliciten desde la misma Upad en la Sala de vistas, mediante comunicación telefónica, y a través de la aplicación informática correspondiente, respetando los criterios y las concretas y específicas instrucciones sobre duración estimada, horas de audiencia, número de señalamientos, naturaleza y complejidad de los asuntos entre otros de los jueces y magistrados.

Atención Vistas y Auxiliares: constituido por el grupo de grupo de funcionarios de auxilio judicial que asistirán a las vistas que celebren los órganos judiciales. Al propio tiempo se centraliza la utilización de las Salas de Vistas, teniendo entre otras ventajas, la especialización en la asistencia a determinados juicios y vistas por órdenes jurisdiccionales. En definitiva será competencia de los funcionarios del Cuerpo de Auxilio destinados en esta unidad, velar por las condiciones de utilización de las salas de vistas y mantener el orden en las mismas, comprobando que los medios técnicos necesarios para el proceso judicial se encuentren en condiciones de utilización, requiriendo, en su caso, la presencia de los servicios técnicos que correspondan, para permitir el adecuado funcionamiento de dichos dispositivos, poniendo en conocimiento del secretario judicial las anomalías detectadas que pudieran impedir la celebración de actos procesales. Concordar la información del listado de vistas con su desarrollo suministrando a profesionales y particulares intervinientes en ellas toda la información que precisen. También deberán colaborar dentro del servicio común realizando las funciones expresamente atribuidas al Cuerpo de Auxilio Judicial.





### 3. SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN

Bajo la dirección de un secretario judicial asumirá la ejecución de los procedimientos en todos aquellos aspectos en que no resulte imprescindible la intervención del juez o magistrado, que tras la reforma procesal, suponen la mayor parte de los trámites que comprenden la ejecución de los pleitos, principalmente en civil, social y contencioso-administrativo.

Se dividirá en secciones que serán las que permitan atender a especializaciones en los distintos órdenes jurisdiccionales en función de la carga de trabajo.

- **Sección 1: Ejecución civil, contencioso-administrativo y social.**

Esta sección comprenderá la ejecución provisional o definitiva de asuntos civiles generales, incidentes, ejecución forzosa en procesos de familia, y en materia mercantil, así como la ejecución de resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa y social.

- **Sección 2: Ejecución penal.**

En el orden jurisdiccional penal y de los Juzgados de Menores, asumirán entre otras las siguientes funciones:

Tramitación de mandamientos de ingreso en prisión, órdenes de busca y captura, medidas de internamiento de menores, trámites para la liquidación de condenas y sustitución de penas, retención de permisos oficiales y comunicaciones subsiguientes, al registro de penados, censo electoral, tráfico y otros.

Por último, este servicio contará con un equipo común de auxiliares donde funcionarios de este cuerpo prestarán soporte al servicio común.

## II. PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN

Un protocolo es un manual de gestión o libro de instrucciones destinado al conocimiento de la forma de actuar y a organizar la actividad de que se trate.

El protocolo de actuación en el procedimiento será elaborado por el Secretario Coordinador Provincial y aprobado por el Secretario de Gobierno. Se adaptará al diseño y organización del Servicio Común establecido por la Administración Pública competente, así como a las funciones asignadas a cada uno de los puestos en las relaciones de puestos de trabajo. Ha de tener carácter dinámico para, previa modificación, adaptarse a las vicisitudes de la Oficina por movilidad funcional, flujo de entrada de asuntos, experiencia adquirida por su funcionamiento durante un periodo de tiempo, etc.

El protocolo no incidirá en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados, y aplicará los criterios generales aprobados por el CGPJ en lo que





abarque su competencia, para homogeneizar las actuaciones de los Servicios Comunes Procesales de la misma clase en todo el territorio nacional.

Las finalidades del protocolo son las siguientes:

- Establecer criterios de actuación, aumentando de esta forma la seguridad jurídica al evitar disparidad de criterios en supuestos iguales, procurando una prestación del servicio y una atención uniformes. Las dudas serán menores, con lo que las consultas se reducirán y se ahorrará tiempo. Las consultas se reservarán para casos extraordinarios.
- Además estandariza tareas, describiendo tareas repetitivas para que el personal conozcan la forma de realizarlas. De esta forma se uniforman tareas, se optimizan datos y se crea una metodología de trabajo que logra celeridad en los trámites y supresión de trámites innecesarios.
- Asegura, en cada momento del proceso, cual de las unidades de la oficina judicial, o incluso Sección, y/o Equipos resulta competente, y dentro de cada unidad organizativa como se desarrollan las competencias de cada uno de los cuerpos que la integran.
- Establece el control de calidad del trabajo procesal de las Oficinas Judiciales, tanto por una identificación de responsabilidades, en su vertiente jurídico-procesal, y administrativa, como por la evaluación del servicio.
- Trata las normas de comunicación entre unidades, garantizando que las interrelaciones y comunicaciones en la oficina judicial se produzcan de modo coordinado tanto interna como externamente.
- Por tanto consigue agilidad en el trámite y eficiencia en el servicio, racionalización del trabajo, potenciando los recursos humanos y materiales.

El contenido del protocolo siguiendo las previsiones del art. 8 c) párrafo cuarto del Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales, aprobado por Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, abarcaría:

a) Criterios de prelación en la tramitación de los asuntos de conformidad con lo establecido en las leyes y respetando las competencias procesales de jueces y tribunales: referidos a la forma material de llevarse a efecto, dado que están establecidos en las leyes, y normas de reparto aprobadas. Ejemplo: distribución de horario en la agenda de señalamientos para asuntos preferentes como causas con preso, violencia de género, medidas cautelares, etc.

b) Documentos normalizados a emplear en cada caso en concreto: la aplicación informática de gestión procesal que se utilice es fundamental, se reducen los documentos en texto libre que por no estar catalogados no indican el estado o fase procesal, lo que dificulta el control de la actividad. Ejemplo: la obtención de datos para la confección de los boletines estadísticos se conseguirá de la aplicación directamente por la sección de estadística.





c) Normas de actuación necesarias para la estandarización de las tareas procesales: para buscar pasos uniformes que optimizan recursos y reducen el tiempo de consultas y despachos de mero trámite, dejando la dación de cuenta para las cuestiones más complejas. Ejemplos: demandas presentadas a través de LexNet: cómo y cuando han de trasladarse a formato papel. Datos a introducir para considerar el registro bien hecho, sin necesidad de completar los datos por otro equipo en otra fase. Fijación de un plazo o bien señalar día y hora para otorgamiento de poder apud acta. Determinación de validez o no de las firmas obrantes en escritos presentados por medios telemáticos. Admisión o no de comparecencias y para que motivos. Información, acceso a las actuaciones judiciales y requisitos para la obtención de testimonios y certificaciones. Etc.

d) Normas de actuación y comunicación entre las distintas unidades de la Oficina judicial cuando ambas deban intervenir en la tramitación del procedimiento. Para que el principio de responsabilidad por la gestión que inspira el funcionamiento de la oficina judicial sea real y efectivo, la evolución del procedimiento de una unidad a otra debe quedar reflejada en la aplicación informática. Ejemplo: establecerá que unidad es la competente en cada momento del procedimiento, y como se relacionan las personas de un mismo servicio y con otros servicios o unidades, dejando constancia de la comunicación entre unidades.

e) Medidas concretas necesarias para verificar el control de calidad del trabajo procesal de las Oficinas Judiciales. Ejemplo: tiempos máximos para la realización de cada trámite o actuación, número de diligencias no realizadas, causas y número de suspensiones, para valorar si el servicio funciona satisfactoriamente. Estudiar las reclamaciones de órganos jurisdiccionales o unidades a las que atiende el servicio y las quejas de ciudadanos.

Instrumentos utilizables para ello son las Carta de Derechos de los Ciudadanos y el Plan de Transparencia Judicial.

f) Integración de las instrucciones recibidas de las CCAA que hayan recibido los trasposos de medios personales para garantizar la efectividad de las funciones de éstas en materia de organización y gestión de medios personales y materiales.

g) Otros datos que se considere convenientes para la más eficiente tramitación de los procedimientos judiciales.

### **III. RELACIONES DE LOS SERVICIOS COMUNES ENTRE SI Y CON OTRAS UNIDADES**

#### **1. RELACIONES ENTRE LOS SERVICIOS DE LA OFICINA JUDICIAL**

Una adecuada coordinación entre las distintas unidades de la oficina judicial constituye un aspecto imprescindible para un correcto funcionamiento de la nueva oficina judicial pues es constante el flujo del procedimiento entre una unidad y otra durante toda su tramitación. Estos mecanismos de coordinación se articulan a través de las directrices recibidas de los superiores jerárquicos, las juntas de coordinación, los protocolos de actuación y los manuales de puesto, mecanismos que contribuirán a





definir el momento exacto de participación de las distintas unidades en un procedimiento y la forma de relación entre los mismos.

Pero, para ello, es necesario establecer previamente qué unidades son proveedoras y receptoras de qué otras.

### A) UPAD

En primer lugar hay que identificar los servicios comunes proveedores de la UPAD, esto es, de quiénes recibe los expedientes.

La relación inicial se establece con el servicio común general de quien recibirá las demandas, escritos, atestados, denuncias, así como los actos de comunicación y averiguaciones solicitados entre otros.

Del mismo modo la relación con los otros servicios procesales comunes debe ser fluida porque remiten a las UPADS los procedimientos o ejecuciones en tramitación en el momento que precisan de resolución judicial. A título de ejemplo: inadmisión de la demanda, admisión de pruebas anticipadas, celebración de vistas, sentencia, resoluciones, orden general y despacho de ejecución, etc.

A su vez las UPADs son proveedoras de todos los servicios comunes: del servicio común general, del servicio común de ordenación del procedimiento y del servicio común de ejecución, esto es, remiten solicitudes al servicio común general o los expedientes a los distintos servicios comunes de tramitación o de ejecución para todas aquellas actuaciones que no precisen de resolución judicial.

El servicio común general recibirá de las UPADs las peticiones de realización de actos de comunicación, los efectos y piezas de convicción para su depósito, de archivo de expedientes, tanto del archivo de los que se vayan terminando como el desarchivo de los que se precisen, solicitudes de averiguación de domicilio y patrimonial, los datos para la elaboración de la estadística por el equipo correspondiente, la documentación e información precisa para el servicio centralizado de caja, etc.

El servicio común de ordenación del procedimiento recibirá el expediente de la UPAD, una vez que se haya dictado la resolución, para la continuación de la tramitación que corresponda.

El servicio común de ejecución igualmente recibirá los expedientes de la UPAD, con la orden general de ejecución o una vez resueltos, para la continuación de la tramitación de la ejecución, por ejemplo los incidentes de ejecución.





## **B) SERVICIOS COMUNES**

### **SERVICIO COMÚN GENERAL**

En primer lugar es de destacar el carácter externo de los proveedores del servicio común general porque el servicio común de registro y reparto recibe del exterior casi todos los escritos que inician cualquier procedimiento, como demandas, denuncias, querellas, así como el resto de los escritos que han de proveerse en los procedimientos ya empezados de Abogados, Procuradores, particulares. Y recibe oficios, o documentos públicos de Registros y Organismos Públicos, Ministerio de Justicia, Instituciones penitenciarias, Notarías, Correos, y el resto de correspondencia de particulares para distribuir, así como solicitudes de auxilio judicial de otras oficinas judiciales.

Como proveedores internos se encuentran tanto las UPADs, como el servicio común de ordenación del procedimiento y el servicio común de ejecución que pueden efectuar peticiones de realización de actos de comunicación, depósito de efectos y piezas de convicción, de archivo de expedientes, tanto del archivo de los que se vayan terminando como el desarchivo de los que se precisen, averiguaciones de domicilio y de patrimonio, los datos para la elaboración de la estadística por el equipo correspondiente, la documentación e información precisa para el servicio centralizado de caja, etc.

A su vez el SCG es proveedor de las UPADs y de los otros servicios comunes procesales de la propia oficina judicial en la medida en que remiten los escritos citados, y una vez cumplimentados, los actos de comunicación, la averiguaciones de domicilio y patrimoniales que se soliciten, los expedientes archivados y piezas de convicción, etc.

Igualmente proveen a otras oficinas judiciales cuando devuelven la solicitud de auxilio judicial una vez cumplimentada.

### **SERVICIO COMÚN ORDENACION DEL PROCEDIMIENTO**

En la distribución de la nueva oficina judicial, el SCOP recibe del SCG: (demandas, escritos, denuncias, querellas, etc. repartidos por el servicio de registro y reparto, para admisión en su caso, y tramitación que no precise intervención judicial, actos de comunicación cumplimentados, expedientes solicitados, solicitud de datos estadísticos, etc.) y de las UPADs una vez que se ha dictado la resolución correspondiente por juez o magistrado para continuar su tramitación, como cuando se resuelve sobre pruebas anticipadas.

A su vez el SCOP es proveedor de las UPADs y resto de servicios comunes. A la Upad porque le remite los expedientes cuando es necesaria la resolución judicial. Al SCG para la práctica de los actos de comunicación que se precisen, solicitando el depósito de efectos y piezas de convicción, el archivo de expedientes tanto de los que se vayan terminando como el desarchivo de los que se precisen, averiguaciones de domicilio y patrimonial, remitiendo los datos para la elaboración de la estadística, y la documentación e información precisa para el servicio centralizado de caja, etc. Y al





SCEJ para la tramitación de piezas separadas de embargo preventivo, aseguramiento de bienes, etc.

### SERVICIO COMÚN DE EJECUCIÓN

En la distribución de la nueva oficina judicial, quien provee al SCEJ, de quien recibe el trabajo, es del SCG, al recibir de registro y reparto las demandas de ejecución, escritos de tramitación de ejecución, etc. También las UPADs proveen al SCEJ, al recibirse de ellas la orden general de ejecución y despacho de ejecución.

A su vez el SCEJ es proveedor de UPADS, y del SCG. A la Upad porque remite los expedientes cuando es necesaria la resolución judicial y al SCG para la práctica de los actos de comunicación que se precisen, y de ejecución como embargos, lanzamientos, etc., el archivo de expedientes tanto de los que se vayan terminando como el desarchivo de los que se precisen, averiguaciones de domicilio y patrimonial, remitiendo los datos para la elaboración de la estadística, y la documentación e información precisa para el servicio centralizado de caja, etc.

## IV. IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES

### 1. PUESTOS GENÉRICOS

Con carácter general todos los funcionarios que formen parte de las nuevas oficinas judiciales deberán atender al ejercicio de las funciones que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a cada uno de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia en los artículos 476 (Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa) 477 (Cuerpo de Tramitación) y 478 (Cuerpo de Gestión Procesal).

Serán los protocolos de actuación y, en su caso, los manuales de puesto que puedan elaborarse los que, junto con la Orden de Creación de Servicios Comunes, a la que nos referiremos en la siguiente Unidad, determinen las atribuciones y tareas específicas de cada uno de los Cuerpos en las distintas unidades que componen la oficina judicial.

Además, será responsabilidad del Secretario Director, quien para ello tendrá en cuenta las relaciones entre las personas que integran el Servicio, su organización y funcionamiento, así como las de los secretarios que lo integran, con el apoyo y colaboración del Responsable de Sección.

De modo genérico podemos distinguir las siguientes responsabilidades.

1. Unidades Procesales de Apoyo Directo.

a) Cuerpo de Gestión Procesal: con carácter general les corresponderá en las Unidades Procesales de Apoyo Directo Gestionar la tramitación de los procedimientos y expedientes asistiendo a Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales y realizando las





actuaciones necesarias para el exacto y eficaz cumplimiento de cuantas resoluciones dicten en los términos previstos en los artículos 437.1 y 476.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entre otras serán funciones de los Gestores en estas Unidades:

- Elaborar notas de constancia, de referencia, de resumen de autos y de examen del trámite.
- Practicar y firmar, con capacidad de certificación, comparecencias que efectúen las partes ante la unidad de apoyo directo.
- Expedir copias simples de escritos y documentos solicitadas por las partes intervinientes e interesados legítimos con conocimiento del secretario judicial
- Supervisar la integración en la aplicación de gestión procesal de las resoluciones que dicte el juez, magistrado, tribunal o secretario judicial.

b) Cuerpo de Tramitación Procesal: su función principal en las UPADS será La tramitación general de los procedimientos y expedientes asistiendo a Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales en los términos previstos en los artículos 437.1 y 477.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entre sus funciones más destacadas podemos enumerar:

- Integrar en la aplicación de gestión procesal de las resoluciones que dicte el Juez, Magistrado, Tribunal o Secretario judicial de la UPAD.
- Confeccionar cuantos documentos, actas, diligencias, notificaciones y otros les sean encomendados, así como copias de documentos y unión de los mismos a los expedientes.

## 2. Servicio común general.

a) Cuerpo de Gestión Procesal: podemos distinguir como funciones más destacadas en cada una de las secciones de este servicio común general las siguientes:

- Sección de registro y reparto: formarán parte del equipo de recepción de escritos, registro y reparto y estadística y les corresponderán como funciones principales:
  - Realizar las tareas de recepción, registro y distribución de escritos, demandas, atestados y documentación en general.
  - Colaborar con el secretario judicial en la función de documentación, en particular en la expedición de diligencias y recibos de presentación.
  - Colaborar con el secretario judicial en la clasificación y reparto de los asuntos.
  - Realizar la función de traslado de copias a los procuradores prevista en el artículo 276 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.





- La recogida, tratamiento y suministro de la información estadística y la confección de estudios, memorias e informes
- Sección de actos de comunicación: formarán parte de los equipos de recepción, admisión y ordenación de las diligencias y práctica de actos de comunicación. Sus funciones más destacadas serán:
  - Colaborar con el Secretario judicial en la calificación de las diligencias encomendadas, recabando su criterio en todos aquellos aspectos que exijan una interpretación del protocolo de funcionamiento del servicio o de norma procesal.
  - La gestión y control de la realización de los actos de comunicación.
  - Realizar tareas de recepción, control, registro, clasificación y distribución de los actos de cooperación o auxilio judicial.
  - Formar parte de la comisión judicial en la práctica de las diligencias que se realicen tanto fuera como dentro de la sede.
- Sección de otros servicios: en los dos equipos principales que forman esta sección les corresponderán entre otras las siguientes funciones:
  - Acceder a la aplicación informática de gestión de la Cuenta de depósitos y consignaciones, con su clave y contraseña y colaborar con el Secretario judicial en su gestión
  - Gestionar los expedientes en situación de archivo, incluida la obtención del listado de asuntos, y el depósito de efectos judiciales, bajo la supervisión del Secretario judicial y/o del Jefe de Sección.
  - Colaborar con el superior jerárquico en la función de información y atención al ciudadano litigante y a los profesionales

b) Cuerpo de Tramitación Procesal: sus funciones más importantes en este servicio común serán

- Sección de registro y reparto: formarán parte del equipo de recepción de escritos, registro y reparto y estadística y les corresponderán como funciones principales:
  - Apoyar en las tareas de recepción, registro y distribución de escritos, demandas, atestados, correspondencia y documentación en general.





- Apoyar en la función de documentación, en particular en la expedición de diligencias y recibos de presentación.
- Apoyar en la recogida, tratamiento y suministro de la información estadística y la confección de estudios, memorias e informes.

- Sección de actos de comunicación y auxilio judicial: formarán parte del equipo de recepción, admisión y ordenación de las diligencias. les corresponderán como función principal la tramitación y control de la realización de los actos de comunicación mediante la realización de tareas como la elaboración y control de las listas y relaciones de actos de comunicación y ejecución y demás funciones administrativas necesarias para la posterior realización de los actos de comunicación.
- Sección de otros servicios: en materia de depósito y archivo deberán apoyar la gestión de los expedientes en situación de archivo, y del depósito de efectos judiciales. Igualmente colaborarán con los funcionarios del Cuerpo de Gestión en las funciones de atención y asistencia a las víctimas.

c) Cuerpo de Auxilio Judicial: podemos diferenciar como funciones más destacadas del Cuerpo de Auxilio Judicial en el Servicio Común General las siguientes:

- Sección de Registro y Reparto: formarán parte del equipo de auxiliares, encargado de dar soporte a la Sección.
- Sección de Actos de Comunicación: serán los encargados de práctica y documentación de actos de comunicación que consistan en citaciones, notificaciones, emplazamientos y requerimientos, que se realicen tanto fuera como dentro de la sede.
- Sección de Depósito y Archivo: serán los encargados de administrar, localizar y distribuir los expedientes en situación de archivo, incluida la obtención del listado de asuntos, y el depósito de efectos judiciales.

Finalmente dentro del Equipo de Apoyo a Funciones Gubernativas estarán destinados funcionarios del Cuerpo de Gestión encargados de la gestión y apoyo en la llevanza de agendas, transcripción de documentos, organización y preparación de reuniones, viajes y desplazamientos y, en general, colaborar en la realización de cualquier otra función o tarea atribuida al Presidente de la Audiencia Provincial o al Decano en aquellas cuestiones competencia de los mismos y de acuerdo con las instrucciones del Director del Servicio Común.

### 3. Servicio Común de Ordenación del Procedimiento.





a) Cuerpo de Gestión Procesal: en cada una de las Sección Procesales en que se divide el SCOP serán los encargados de la gestión de la tramitación de los procedimientos, dando cuenta al secretario judicial, en particular cuando determinados aspectos exijan interpretación de las leyes o normas procesales, controlando el seguimiento de la tramitación y evitando la inactividad procesal o dilaciones indebidas. En particular, será responsabilidad de los Gestores:

- Supervisar la adecuada integración de resoluciones y actuaciones en la aplicación de gestión procesal.
- Practicar y firmar, con capacidad de certificación, las comparencias que se efectúen.
- Controlar, bajo la supervisión del secretario judicial, la pendencia de escritos y seguimiento del estado de tramitación y fases de los expedientes, evitando la inactividad procesal o dilaciones indebidas.

Además, formarán parte del Equipo Común de señalamientos siendo los encargados de:

- Cumplimentar, en coordinación y comunicación con las unidades y servicios competentes de la oficina judicial, la agenda de señalamientos.
- Mantener actualizadas en todo momento las anotaciones en la agenda de señalamientos.

b) Cuerpo de Tramitación Procesal: en cada una de las Secciones Procesales del SCOP, los tramitadores serán responsables de la tramitación general de los procedimientos, mediante el empleo de los medios mecánicos u ofimáticos que corresponda, confeccionando documentos, actas, diligencias, notificaciones y otros que le sean encomendados, actualizando estados y fases informáticos, y cuidando la formación de autos y expedientes, bajo la supervisión del superior jerárquico. Entre otras serán encargados de las siguientes tareas:

- Efectuar la formación de los autos y expedientes, bajo la supervisión del superior jerárquico.
- Integrar las resoluciones y actuaciones que se realicen en el SCOP en la aplicación de gestión procesal.
- Mantener y actualizar los estados y fases informáticos previstos para los trámites procesales que realice en los procedimientos que le sean asignados.

También es posible que colaboren con los Gestores en la “llevarza” de la Agenda de Señalamientos.

c) Cuerpo de Auxilio Judicial: formarán parte del Equipo Común de Señalamientos y su función principal, además de dar soporte a la Sección mediante la





realización de las tareas propias de este Cuerpo, será la de velar por las condiciones de utilización de las Salas de Vistas y mantener el orden en las mismas, comprobando que los medios técnicos necesarios para el proceso judicial se encuentren en condiciones de utilización, requiriendo, en su caso, la presencia de los servicios técnicos que correspondan, para permitir el adecuado funcionamiento de dichos dispositivos, poniendo en conocimiento del secretario judicial las anomalías detectadas que pudieran impedir la celebración de actos procesales. También deberán concordar la información del listado de vistas con su desarrollo suministrando a profesionales y particulares intervinientes en ellas toda la información que precisen

#### 4. Servicio Común de Ejecución.

a) Cuerpo de Gestión Procesal: en cada una de las Sección Procesales en que se divida el SCEJ corresponderá a los gestores, gestionar la tramitación de las ejecuciones, de la que se dará cuenta al secretario judicial, en particular cuando determinados aspectos exijan una interpretación de la ley o de normas procesales, sin perjuicio de informar al titular del órgano judicial cuando fuera requerido para ello. Sus funciones, claro esta en fase de ejecución, serán similares a las que les corresponde en el SCOP.

b) Cuerpo de Tramitación Procesal: también en términos similares a los del SCOP, los tramitadores serán responsables de la tramitación general de los procedimientos en fase de ejecución, mediante el empleo de los medios mecánicos u ofimáticos que corresponda para lo cual confeccionará cuantos documentos, actas, diligencias, notificaciones y otros le sean encomendados, así como copias de documentos y unión de los mismos a los expedientes. Serán los encargados de la confección de las cédulas pertinentes para la práctica de los actos de comunicación que hubieran de realizarse.

c) Cuerpo de Auxilio Judicial: su función principal será dar soporte a la Sección mediante la realización de las tareas propias de este Cuerpo.

## 2. PUESTOS SINGULARIZADOS

Además de los puestos que puedan singularizarse por las funciones encomendadas, está previsto que los funcionarios de los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia puedan ocupar jefaturas de algunas de las Secciones, o en su caso Equipos, en que se estructuren los nuevos Servicios Comunes Procesales.

Los funcionarios que conforme a las Relaciones de Puestos de Trabajo ocupen estos puestos ejercerán, además de las que les son propias, las siguientes funciones:

- Planificar, organizar, supervisar y orientar el trabajo de la sección o equipo, debiendo atenerse a los protocolos de actuación correspondientes.





- Apoyar al Secretario judicial director en la organización y gestión del equipo, así como en la implantación y mantenimiento de los sistemas de organización y gestión que se establezcan, en la formación al personal que coordina y en las experiencias piloto que se impulsen.
- Coordinar y supervisar, dentro de su sección, la tramitación y ejecución de los expedientes judiciales, asumiendo directamente las funciones de impulso procesal, dictando, en su caso, las resoluciones que procedan.

## V. RELACIONES INTERNAS Y EXTERNAS DE LAS UNIDADES DE LA NOJ

Uno de los principios fundamentales de la NOJ es el principio de jerarquía, principio indispensable para garantizar la unidad de actuación de la oficina judicial y así lograr su buen funcionamiento. En este sentido la LOPJ es clara y atribuye a los secretarios judiciales la dirección del personal integrante en aspectos técnicos procesales. Así el:

Artículo 438.5 LOPJ: Al frente de cada servicio común procesal constituido en el seno de la Oficina judicial habrá un secretario judicial, de quien dependerán funcionalmente el resto de los secretarios judiciales y el personal destinado en los puestos de trabajo en que se ordene el servicio de que se trate y que, en todo caso, deberá ser suficiente y adecuado a las funciones que tiene asignado el mismo.”

Art. 454.2 LOPJ: “Los secretarios judiciales ejercerán competencias de organización, gestión, inspección y dirección del personal en aspectos técnicos procesales, asegurando en todo caso la coordinación con los órganos de gobierno del Poder Judicial y con las comunidades autónomas con competencias transferidas”.

Art. 457 LOPJ: “Los secretarios judiciales dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la oficina judicial, ordenando su actividad e impartiendo las órdenes e instrucciones que estime pertinentes en el ejercicio de esta función”.

Además en los artículos 476, 477 y 478 LOPJ recogen la posibilidad de que los funcionarios de los distintos Cuerpos puedan asumir las jefaturas en las distintas unidades debiendo ejercer por tanto las funciones propias de las mismas.

Este principio de jerarquía se canaliza a través de las siguientes relaciones:

### 1. INTERNAS

#### A) RELACIÓN ENTRE EL SECRETARIO DIRECTOR DEL SERVICIO Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES DEL SERVICIO

Para lograr buenas relaciones entre las diferentes unidades y servicios de la NOJ, además de jerarquía, se hace imprescindible una buena coordinación, otro de los principios de organización y funcionamiento de la NOJ, que se articula dentro de la





oficina a través de la organización y distribución del trabajo con criterios de flexibilidad para corregir con prontitud las posibles disfunciones, y los protocolos de actuación.

El secretario director se relaciona con los secretarios judiciales en cumplimiento de sus responsabilidades de dirección y gestión. La relación es de tipo jerárquico debiendo diferenciar aspectos procesales y de tipo gubernativo.

En cuanto a los primeros corresponde al secretario director aplicar y hacer aplicar el protocolo, estableciendo criterios uniformes de actuación y fijando cauces de comunicación para solventar las posibles disfunciones que se planteen. Respecto a los segundos resolverá las incidencias derivadas de ausencias con motivo de bajas, vacaciones, permisos, etc.

Los secretarios al frente de cada uno de los servicios tendrán que aplicar y hacer aplicar el protocolo, dando cuenta del cumplimiento de las tareas asignadas, de las incidencias del servicio, y podrán hacer las proposiciones que consideren convenientes para la mejora del mismo.

En caso de conflicto entre secretarios de secciones de un mismo servicio común el encargado de su resolución será el secretario director y si se trata de un conflicto entre secretarios de secciones de diferentes servicios, manteniéndose la discrepancia por los directores de los correspondientes servicios, el encargado de resolver, por ser el superior jerárquico común, será el Secretario Coordinador.

## **B) RELACIÓN ENTRE EL SECRETARIO DIRECTOR Y EL JEFE DE SECCIÓN**

Los jefes de sección facilitarán secretario director los registros, darán cuenta de las incidencias y del cumplimiento de las tareas asignadas y solucionarán, conforme a las instrucciones del director, las bajas, permisos y demás ausencias de gestores y tramitadores que se produzcan.

En caso de conflicto entre los responsables de sección del mismo servicio común, será el secretario director el encargado de su resolución.

## **C) RELACIÓN ENTRE EL SECRETARIO DIRECTOR DEL SERVICIO Y GESTORES TRAMITADORES Y AUXILIADORES**

La relación entre el secretario director y los gestores, tramitadores y auxiliares del servicio se encauza principalmente a través del jefe de sección, sin perjuicio de la





relación directa cuando el secretario director lo considere oportuno, o bien a petición de aquellos.

Así en caso de conflicto entre gestores y tramitadores de una sección de un servicio común, la resolución corresponderá al jefe de sección, y no siendo ésta posible, al secretario director del servicio.

## 2. EXTERNAS

El director de cualquiera de los servicios comunes ostenta la representación del mismo frente a las UPADs y frente a los otros servicios. Además corresponde al director del servicio la relación con el Secretario Coordinador dando cuenta del funcionamiento y organización del servicio. También le corresponde la representación con los organismos administrativos, etc.





### UNIDAD 3

## LA IMPLANTACIÓN DE LA NUEVA OFICINA JUDICIAL

Esta tercera Unidad tiene por objeto, tanto introducir las reformas legislativas, proporcionando los materiales necesarios para un conocimiento más exhaustivo de la regulación de la nueva oficina judicial y del Régimen Jurídico de los cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia, como las modificaciones de carácter organizativo, en particular, las relaciones de puestos de trabajo como principal instrumento en una nueva política de personal al servicio de la Administración de Justicia.

<b>I. FORMAS NORMATIVAS.....</b>	<b>52</b>
1. DE CARÁCTER LEGAL .....	52
2. DE CARÁCTER REGLAMENTARIO.....	53
A) EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL:.....	53
B) EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CUERPOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	54
<b>II. INNOVACIONES TECNOLÓGICAS .....</b>	<b>55</b>
<b>III. INFRAESTRUCTURAS.....</b>	<b>56</b>
<b>IV. GESTIÓN DEL CAMBIO.....</b>	<b>56</b>
<b>V. MODIFICACIONES ORGANIZATIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL NUEVO MODELO ORGANIZATIVO: LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO .....</b>	<b>57</b>





La reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial efectuada por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, determina el marco general al que deberá adaptarse la constitución y el funcionamiento de las unidades que integrarán la Nueva Oficina Judicial, comprendiendo dentro de ella tanto las Unidades Procesales de Apoyo Directo (UPAD) como los Servicios Comunes Procesales (SCP).

Esta modificación implica la superación del actual sistema de plantillas de los órganos judiciales, en favor del sistema de relaciones de puestos de trabajo (RPT's), contemplado en el artículo 521 LOPJ.

Sin embargo, la implantación efectiva de la Nueva Oficina Judicial en los Juzgados y Tribunales españoles, y su estructuración a través de las RPT's, no puede aplicarse directamente con las previsiones legislativas de la reforma de 2003, que resultan por sí solas insuficientes, dado su necesario carácter general. En consecuencia, desde la aprobación de esta norma, se han venido realizando numerosas actuaciones de diversa índole encaminadas a desarrollar las previsiones normativas de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a posibilitar la transformación requerida de de la realidad actual de nuestros foros en las modernas oficinas judiciales.

Dentro de estos ámbitos simultáneos de actuación debemos destacar:

- Reformas normativas, tanto de orden legal como reglamentario.
- Innovaciones tecnológicas.
- Modernización de sedes físicas.
- Actuaciones de gestión del cambio.

## I. REFORMAS NORMATIVAS

### 1. DE CARÁCTER LEGAL

La transformación de la organización judicial pretendida tras la entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 19/2003 contempla, entre otros objetivos, el de lograr un reparto más eficaz y equitativo de las tareas entre los distintos componentes de la oficina judicial. En particular, se pretende delimitar con claridad cuáles de las funciones que desempeñan de ordinario juzgados y tribunales pertenecen al ámbito estrictamente jurisdiccional y deben, por tanto, mantenerse atribuidas a Jueces y Magistrados, que las ejercerán desde las UPAD, y cuáles, sin embargo, tienen carácter no jurisdiccional o de trámite y son asumibles por otros operadores.

Considerando la variedad y complejidad de los procedimientos judiciales en nuestro ordenamiento, esta labor de selección y delimitación, aunque obviamente guiada por unos criterios unitarios, ha debido realizarse sobre cada una de las normas procesales. El resultado de la labor realizada se recoge en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial, que en sus dieciocho artículos modifica las principales normas procedimentales de cada jurisdicción (Ley de Enjuiciamiento Civil – de 1881 y 2000-, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa y Ley de Procedimiento Laboral) y otras normas que contienen procedimientos especiales





(Ley Hipotecaria, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Ley de Patentes, Ley de Arbitraje...).

## 2. DE CARÁCTER REGLAMENTARIO

Establecido el marco legal que proporciona los cauces procesales para que los procedimientos de todos los órdenes se ajusten a los principios de jerarquía, división de funciones y coordinación, y a los criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones, que inspiran la Oficina judicial conforme al artículo 435 LOPJ, es preciso disponer de un segundo nivel normativo, de carácter reglamentario, desarrollado para acomodar la situación del personal al servicio de la Administración de Justicia al nuevo modelo organizativo diseñado por la LOPJ. Entre estas normas debemos destacar, por su especial importancia:

### A) EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA OFICINA JUDICIAL

ORDEN JUS/3244/2005, de 18 de octubre, por la que se determina la dotación básica de las unidades procesales de apoyo directo a los órganos judiciales.

La estructura de la nueva oficina judicial pretende concentrar todas las labores susceptibles de tramitación masiva en los servicios comunes, reservando para las unidades procesales de apoyo directo aquellas funciones que requieran de la participación ineludible de los jueces o magistrados, por lo que es preciso determinar, en cada uno de los órdenes jurisdiccionales y en función del tipo concreto de órgano, la carga de trabajo que deberán asumir unos y otras, para procurar ajustar el número de personal adscrito a las verdaderas necesidades del servicio.

La Orden JUS/3244/2005 establece la asignación mínima de secretarios judiciales (que pueden prestar servicio simultáneamente en más de una UPAD), gestores procesales y tramitadores para cada tipo de órgano judicial, con la única excepción de los órganos cuya jurisdicción se extienda a todo el territorio nacional, cuyas dotaciones básicas deberán ser fijadas en una resolución específica del Ministerio de Justicia.

Al tratarse de dotaciones básicas, se reconoce expresamente la posibilidad de que las Administraciones competentes en materia de gestión de medios al servicio de la Administración de Justicia puedan mejorarlas, a través de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo, en los términos establecidos en el artículo 522 LOPJ.

Estas dotaciones guardan una estrecha relación con la labor efectiva que, tras la entrada en vigor de las leyes procesales, deban seguir realizando jueces y magistrados. Por ello, las dotaciones de funcionarios son como regla general más amplias en los órganos del orden jurisdiccional penal, puesto que, por la naturaleza de los derechos afectados en ella, sigue siendo precisa la intervención del juez o magistrado en la mayor parte de los actos procesales, y no es posible una asunción tan amplia de trámites del procedimiento por parte de los servicios comunes como en otros órdenes.





### Proyecto de Orden de creación de los Servicios Comunes Procesales.

Con carácter previo a la implantación de la nueva oficina judicial, corresponde al Ministerio de Justicia, o a las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, el diseño y creación de los servicios comunes procesales que prestarán apoyo a los órganos judiciales de su territorio.

La Ley Orgánica del Poder Judicial permite, en su artículo 438.3, la creación de un *numerus apertus* de servicios comunes, si bien distingue entre aquellos que asumen las competencias de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria, y los que tengan atribuidas otras funciones, en cuyo caso será necesario informe favorable del Consejo General del Poder Judicial. Éste es el caso de los Servicios Comunes de Ordenación del Procedimiento cuya creación prevé el modelo de oficina impulsado desde el Ministerio de Justicia.

Este proceso de determinación de los servicios comunes que entrarán en funcionamiento con la implantación de la nueva oficina judicial se encuentra todavía abierto, y, por lo que se refiere al ámbito de competencia del Ministerio de Justicia, en fase de negociación sindical.

Esta futura orden, que recogerá la creación de los servicios comunes, delimitará las funciones que corresponden a cada integrante de la oficina judicial en función del servicio común en el que se encuentre destinado, y definirá la separación de cometidos entre las UPAD y los SCP.

## **B) EN MATERIA DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CUERPOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

Real Decreto 1451/2005, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia<sup>1</sup>

Las previsiones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a los Cuerpos al Servicio de la Administración de Justicia, que supusieron el cambio de denominación de los mismos, así como de su forma de organización en la Nueva Oficina, resultaban incompatibles con el hasta entonces vigente Reglamento Orgánico de los Cuerpos de Oficiales, Auxiliares y Agentes al Servicio de la Administración de

---

<sup>1</sup> También debe tenerse en cuenta, en materia de estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia, el Real Decreto 796/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Reglamento general de régimen disciplinario del personal al servicio de la Administración de Justicia, si bien éste no guarda directa relación con la implantación de la oficina judicial.





Justicia (Real Decreto 249/1996, de 16 de febrero), por lo que se procedió a la elaboración un nuevo reglamento en materias de ingreso, provisión de puestos y trabajo y promoción profesional, en el que se contemplan las previsiones de organización que prevén la organización de los cuerpos a través de las relaciones de puestos de trabajo.

En tanto no se aprueban las RPT's, se mantienen vigentes los artículos 50, 51 y 52 del Reglamento Orgánico, relativos a las plantillas de estos cuerpos.

Como consecuencia de la reforma de la LOPJ, se ha evidenciado la necesidad de adaptar el régimen retributivo de estos Cuerpos a las previsiones de la NOJ, lo que se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 1033/2007, de 20 de julio, por el que se determinan los puestos tipo de las unidades que integran las oficinas judiciales y otros servicios no jurisdiccionales y sus correspondientes valoraciones, a efectos del complemento general de puesto de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

La reforma de la LOPJ en 2003 introdujo importantes innovaciones en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, acordes a su papel de directores técnico- procesales de la oficina judicial, que se reflejan y desarrollan en este nuevo reglamento orgánico. Asimismo, al prever la existencia de diversas cadenas de competencia y jerarquía entre los secretarios judiciales destinados en un partido judicial, han debido actualizarse las previsiones de su régimen retributivo, a través del Real Decreto 2033/2009, de 30 de diciembre, por el que se determinan los puestos tipo adscritos al Cuerpo de Secretarios Judiciales a efectos del complemento general de puesto, la asignación inicial del complemento específico y las retribuciones por sustituciones que impliquen el desempeño conjunto de otra función.

## II. INNOVACIONES TECNOLÓGICAS

La modernización tecnológica de la Administración de Justicia es una labor en la que se han venido observando continuos avances durante los últimos años, especialmente por la generalización del uso de los sistemas informáticos, que han suplido en la práctica totalidad las maneras más tradicionales de trabajar en los juzgados.

En este sentido, cabe destacar la constante incorporación a los Juzgados y Tribunales de aplicaciones que han facilitado la realización de las actuaciones judiciales: sistemas de gestión procesal, Cuenta de Depósitos y Consignaciones, Sistema de Registros de Apoyo a la Administración de Justicia, Lexnet...

El despliegue de la nueva oficina judicial se sustentará sobre la existencia de aplicaciones de gestión procesal específicamente diseñadas teniendo en cuenta las necesidades y configuración de la nueva estructura judicial, que permitirán la





comunicación eficaz de la información entre las distintas unidades de la oficina, al tiempo que servirá de impulso para la definitiva incorporación de otras tecnologías que ya son ampliamente utilizadas por la sociedad civil – como la autenticación de los documentos electrónicos por medio de firma electrónica- y la superación de ciertas carencias estructurales que venían lastrando, hasta ahora, el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia.

En este sentido, debe señalarse la importancia de la firma del convenio de adhesión al Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad (EJIS), por parte del Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las distintas Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia. A través del EJIS, se asegura la necesaria coordinación y compatibilidad entre todas las aplicaciones tecnológicas desarrolladas por las distintas instituciones y administraciones.

El objetivo final de la modernización tecnológica de la Administración de Justicia es la consecución del expediente digital, con el que, tanto las comunicaciones que deban realizar los particulares y profesionales con los órganos judiciales como las provenientes de éstos, podrán producirse a través de procedimientos telemáticos.

### III. INFRAESTRUCTURAS

La configuración de la nueva oficina judicial, en la que coexisten unidades de apoyo directo con unas necesidades espaciales y de personal reducidas, junto a servicios comunes pensados para que en ellos desarrollen su labor un alto número de funcionarios, requiere de una disposición de infraestructuras que no siempre se ajusta a las existentes en los actuales edificios judiciales.

Por ello, con el objetivo de realizar la implantación en los espacios físicos más adecuados para las características de la nueva oficina judicial, tanto el Ministerio de Justicia como las Comunidades Autónomas con competencias transferidas vienen realizando en los últimos años las obras de adaptación o construcción de nuevos edificios judiciales en los distintos partidos.

### IV. GESTIÓN DEL CAMBIO

La nueva oficina judicial implica una transformación radical del modelo de organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales, por lo que es preciso acompañar las actuaciones de implantación de una intensa actividad, previa y simultánea, de gestión del cambio, que permita comprender y asimilar de manera completa y progresiva la nueva estructura y ordenación de funciones.

Dentro de estas actuaciones de gestión del cambio impulsadas por el Ministerio de Justicia, deben destacarse:

- Actuaciones de formación, con las que se pretende que la totalidad del personal afectado por la implantación de la oficina judicial tenga conocimiento





de las reformas procesales, los instrumentos tecnológicos que se pondrán a su disposición y la organización y funcionamiento de la oficina judicial.

- Creación de comisiones y grupos de trabajo de carácter jurídico y técnico, que analizarán la implantación y el funcionamiento de la oficina judicial para detectar los problemas que puedan producirse y encontrar la solución más adecuada.
- Socialización de la participación en el proyecto de implantación, mediante la creación de comisiones institucionales, en las que tendrán participación todos los actores interesados en la Administración de Justicia.
- Desarrollo de estrategias informativas y Centros de Atención a los Usuarios para proporcionar a los ciudadanos, profesionales y a los propios funcionarios implicados en la nueva oficina judicial la información y asistencia que precisen.

## **V. MODIFICACIONES ORGANIZATIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DELIMITACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN EL NUEVO MODELO ORGANIZATIVO: LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO**

Establecido el marco físico, técnico y normativo que permitirá el pleno desarrollo de la oficina judicial, debe hacerse mención de los procesos concretos que han de llevarse a cabo para guiar con éxito la transformación de nuestros juzgados y tribunales.

La estructura de la NOJ se determinará en las relaciones de puestos de trabajo correspondientes, por lo que su aprobación constituye el primer requisito para delimitar la situación final a la que debe llegarse en cada partido judicial.

Las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPTs) tienen su origen en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la Reforma de la Función Pública, y representaron el principal instrumento de una nueva política en materia de personal. Las relaciones de puestos de trabajo pueden definirse como el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en el conjunto de administraciones públicas.

En cuanto a su contenido concreto, la LOPJ establece que “contendrán la dotación de todos los puestos de trabajo de las distintas unidades que componen la Oficina judicial, incluidos aquellos que hayan de ser desempeñados por secretarios judiciales, e indicarán su denominación, ubicación, los requisitos exigidos para su desempeño, el complemento general de puesto y el complemento específico”.

Según el artículo 521 LOPJ, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, las relaciones de puestos de trabajo deberán contener las siguientes especificaciones:





**a. Centro Gestor. Centro de destino**

A efectos de la ordenación de los puestos de trabajo y de su ocupación por el personal funcionario, tendrán la consideración de centros gestores los órganos competentes del Ministerio de Justicia o el órgano competente de las Comunidades Autónomas para la gestión del personal, a quienes corresponderá la formulación de la relación de puestos de trabajo en sus respectivos ámbitos territoriales.

Se entenderá por centro de destino:

- Cada uno de los servicios comunes procesales.
- El conjunto de unidades procesales de apoyo directo a órganos judiciales que radiquen en el mismo municipio.
- El Registro Civil Central y los Registros Civiles Únicos de cada localidad, donde los hubiese.
- Cada una de las Fiscalías o Adscripciones de Fiscalías.
- En los Institutos de Medicina Legal, aquellos que su norma de creación establezca como tales.
- En el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, aquellos que su norma de creación establezca como tales.
- La Mutualidad General Judicial.
- Cada Oficina judicial de apoyo directo a Juzgados de Paz de más de 7.000 habitantes o de menos de 7.000 habitantes, dotados de plantilla funcional en razón de su carga de trabajo.
- El Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo.
- Las Secretarías de Gobierno.

**b. Tipo de puesto**

A estos efectos los puestos se clasifican en genéricos y singularizados.

Son puestos **genéricos** los que no se diferencian dentro de la estructura orgánica y que implican la ejecución de tareas o funciones propias de un cuerpo, y por tanto no tienen un contenido funcional individualizado.

Los puestos correspondientes a las unidades procesales de apoyo directo a órganos judiciales como norma general serán genéricos.

Son puestos **singularizados** los diferenciados dentro de la estructura orgánica y que implican la ejecución de tareas o funciones asignadas de forma individualizada. A estos efectos, en aquellas comunidades autónomas que posean lengua propia, el conocimiento de la misma sólo constituirá elemento determinante de la naturaleza singularizada del puesto, cuando su exigencia se derive de las funciones concretas asignadas al mismo en las relaciones de puestos de trabajo.





### **c. Sistema de provisión**

Son competentes para la provisión de los puestos de trabajo el Ministerio de Justicia y las CC.AA. en sus respectivos ámbitos conforme a los procedimientos que establecen la LOPJ y en el Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia.

La provisión de los puestos de trabajo se llevará a cabo por los procedimientos de concurso (sistema ordinario) o de libre designación que se concretará en las relaciones de puestos de trabajo.

El concurso consiste en la comprobación y valoración de méritos y puede ser de traslado (para puestos genéricos) o específico (para puestos singularizados). Por su parte, en el procedimiento de libre designación se aprecia la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto que serán puestos directivos y aquellos para los que, por su especial responsabilidad y dedicación así se establezca en las relaciones de puestos de trabajo.

El Reglamento de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional del Personal Funcionario al Servicio de la Administración de Justicia, desarrolla en sus artículos 43 a 62 el Título VIII de la LOPJ sobre “provisión de puestos de trabajo y movilidad”, estableciendo los requisitos para poder acceder tanto a los puestos de libre designación como a los demás singularizados y genéricos.

Respecto a los puestos de libre designación, se justifican por la especial responsabilidad y dedicación, y, como se ha señalado, deben figurar expresamente con esta condición en las RPT's.

El nombramiento en estos puestos se realizará por la administración que ostente las competencias en materia de justicia.

A diferencia de las demás plazas de la oficina judicial, los puestos de libre designación no generan en ningún caso un derecho permanente a la plaza, sino que se prevé expresamente la posibilidad de cese – que corresponde discrecionalmente a la misma autoridad competente para realizar el nombramiento- o renuncia.

En ambos casos, se producirá una adscripción provisional del funcionario cesante o renunciante a un puesto de trabajo de su cuerpo en el mismo municipio, hasta que se oferten plazas vacantes en concurso.

En este supuesto, el funcionario gozará de derecho preferente para ocupar el primer puesto de trabajo genérico que se oferte, y vendrá obligado a concursar. En caso de no hacerlo, se le asignará como definitiva cualquiera de las plazas que no se hayan cubierto.

Por su parte, los demás puestos singularizados son accesibles mediante convocatoria de concursos específicos, en cuyas bases deberán establecerse los méritos requeridos para el desempeño de la plaza concreta. La convocatoria constará de dos





fases: una primera de comprobación y valoración de méritos generales y otra segunda de valoración de aptitudes concretas a través de conocimientos, experiencia, formación y cualesquiera otros adecuados para el desempeño del puesto.

Los puestos genéricos se cubrirán mediante concurso ordinario de traslado, en atención a los méritos generales establecidos en las convocatorias.

**d. Cuerpo o cuerpos a los que se adscriben los puestos.**

Los puestos de trabajo se adscribirán como norma general a un solo cuerpo. No obstante, pudiendo existir puestos de trabajo en los que la titulación no se considere requisito esencial y la cualificación requerida se pueda determinar por factores ajenos a la pertenencia a un cuerpo determinado, es posible la adscripción de un puesto de trabajo a dos cuerpos.

Los puestos de trabajo de las relaciones de puestos de trabajo de las Oficinas judiciales se adscribirán con carácter exclusivo a los cuerpos al servicio de la Administración de Justicia en razón de sus conocimientos especializados.

**e. Otras especificaciones.**

Además de los requisitos anteriormente señalados, las relaciones de puestos de trabajo podrán contener:

- Titulación académica específica, además de la genérica correspondiente al Grupo al que se haya adscrito el puesto, cuando su necesidad se deduzca objetivamente de la índole de las funciones a desempeñar.
- Formación específica, cuando de la naturaleza de las funciones del puesto se deduzca su exigencia y pueda ser acreditada documentalmente.
- Conocimiento oral y escrito de la lengua oficial propia en aquellas comunidades autónomas que la tengan reconocida como tal.
- Conocimientos informáticos cuando sean necesarios para el desempeño del puesto.
- Aquellas otras condiciones que se consideren relevantes en el contenido del puesto o su desempeño

La Ley Orgánica 1/2009 también ha modificado la Disposición Transitoria 4ª de la L.O. 19/2003, que hace referencia al proceso que se seguirá para el establecimiento de las relaciones de puestos de trabajo.

En concreto, la redacción actual de este precepto dispone lo siguiente:

*El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias asumidas procederán, en sus respectivos ámbitos, a la organización de las Oficinas judiciales y unidades*





*administrativas en la forma establecida en esta Ley, así como a la elaboración y aprobación de las relaciones de puestos de trabajo conforme a las normas y procedimientos contenidos en la misma.*

*Aprobadas las relaciones de puestos de trabajo por el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, se procederá al acoplamiento de los funcionarios con destino definitivo en el ámbito territorial respectivo, mediante las siguientes fases:*

- *La convocatoria de procedimientos de libre designación para aquellos puestos que hayan de cubrirse por ese sistema..*
- *La convocatoria de concursos específicos para aquellos puestos de trabajo que hayan de cubrirse por este sistema, en el que, por una sola vez, podrán participar en exclusiva los funcionarios destinados en el municipio donde deban desempeñarse tales puestos de trabajo.*
- *La confirmación de los funcionarios en los puestos de trabajo que viniesen desempeñando, cuando estos figuren en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo con similar contenido, aun con distinta denominación.*
- *La reordenación o redistribución de efectivos y en su caso la reasignación forzosa en supuestos de amortización, supresión o recalificación de puestos, con arreglo a los procedimientos establecidos.*

*Estos procesos se llevarán a cabo a medida que se aprueben las relaciones de puestos de trabajo de forma gradual y en función de las posibilidades organizativas, técnicas y presupuestarias de las Administraciones competentes.*

Por tanto, una vez negociadas y aprobadas las RPT's, se procederá a la asignación de las plazas conforme a los criterios de acoplamiento que se determinen y a las normas vigentes que regulan la cobertura de las distintas plazas.





MINISTERIO  
DE JUSTICIA



# EL NUEVO MODELO PROCESAL

---

## II PARTE





## *UNIDAD 1*

### **LAS CLAVES PARA ENTENDER LA REFORMA DEL MODELO ORGANIZATIVO Y PROCEDIMENTAL FRUTO DE LAS DENOMINADAS LEYES PROCESALES**

Esta unidad tiene carácter introductorio a la reforma de las leyes procesales y, como tal, analiza la necesidad de la reforma legal, su pertinencia y su oportunidad. Así mismo, se repasa en la última parte del texto el alcance que ha tenido la reforma normativa sobre el ordenamiento procesal tanto desde una perspectiva cualitativa como cuantitativa.

## ÍNDICE

---

<b>I. LOS ORÍGENES DE LA PROPUESTA E HITOS NORMATIVOS.....</b>	<b>64</b>
<b>II. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFORMA .....</b>	<b>66</b>
<b>III. EL NUEVO MODELO PROCESAL FRUTO DE LAS LEYES PROCESALES.....</b>	<b>69</b>
<b>V. EL TRÁNSITO HACIA EL NUEVO MODELO: LA PREVISIBLE COEXISTENCIA DE AMBOS SISTEMAS .....</b>	<b>72</b>





## I. LOS ORÍGENES DE LA PROPUESTA E HITOS NORMATIVOS

En el año 2001, ante la profunda crisis por la que atraviesa la Administración de Justicia, las principales fuerzas políticas parlamentarias firman el 28 de mayo un Pacto de Estado para la reforma de la Justicia<sup>2</sup>. El compromiso en aquel momento acerca de la necesidad de transformar nuestro sistema judicial era tal que se elaboró un catálogo de actuaciones concretas para su realización en un futuro mediato.

En aquel momento ya se consideraba que la mejora y modernización de la Administración de Justicia precisaba, de un lado, de una nueva organización, la oficina judicial, que permitiese la diferenciación entre servicios de apoyo directo y atención especializada a cada órgano judicial y los servicios comunes o compartidos. De otro, se entiende que para que la Justicia actúe con mayor rapidez, eficacia y calidad, deben introducirse métodos más modernos y procedimientos menos complicados. La primera de estas reformas, es decir, el diseño de la oficina judicial tiene como objeto favorecer la especialización y la delimitación de las funciones de cada uno de sus integrantes, lo que permite además asegurar el correcto cumplimiento de las mismas. En cambio, la segunda de las transformaciones proyectadas, la del proceso supone, entre otras cosas, redefinir el papel que hasta este momento ha ocupado el secretario judicial en atención a su capacidad y formación. Y es que, ya en este momento la comprensión de que los males que lastra la Administración de Justicia desde el siglo XIX, y que impiden precisamente que la misma pueda encontrar un modelo adecuado para la realización de la justicia en este siglo, no sólo ni exclusivamente tienen que ver con la organización de nuestros tribunales sino también con la tradicional concepción del proceso.

Pese al gran consenso que presidió la adopción de este Pacto tuvieron que pasar más de dos años para que la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ estableciese las bases legales para poder operar una auténtica transformación de la Administración de Justicia. Esta reforma puso los cimientos para la efectiva implantación de la oficina judicial y para la futura transformación de los procesos judiciales. Si bien con anterioridad el concepto de oficina judicial ya aparecía en el Libro Blanco de la Justicia (1997)<sup>3</sup>, ésta es la primera norma en la que se hace una apuesta decidida por este nuevo modelo.

---

<sup>2</sup> Comenzaba el Pacto de Estado señalando que “Los españoles, comenzando por quienes dedican la vida al servicio de la Justicia, demandan inequívocamente un esfuerzo profundo de mejora y modernización de nuestro sistema judicial. [...] Se persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales”.

<sup>3</sup> El Libro Blanco de la Administración de Justicia dedicaba todo su capítulo tercero a la oficina judicial, partiendo de un diagnóstico de la situación que definía del siguiente modo: “La configuración actual de la oficina judicial no satisface a nadie: ni a los jueces, ni a los secretarios, ni a





La oficina judicial es definida como la organización de carácter instrumental que, de forma exclusiva, presta soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional (art. 435.1 LOPJ). El objetivo último de esta reforma no era otro que el diseño de un nuevo modelo de organización del principal instrumento de colaboración del Poder Judicial, la oficina judicial, que superando la tradicional estructura de las secretarías de los juzgados y tribunales, posibilita que la actividad del órgano judicial tenga lugar con criterios de agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, responsabilidad por la gestión, coordinación y cooperación entre Administraciones. Se trataba de evolucionar hacia nuevas estructuras de trabajo, que sobre la base de un mayor y mejor diseño organizativo, permiten ofrecer al ciudadano que acude a la Justicia un servicio de calidad.

Pero la reordenación y racionalización de los medios personales y materiales no podía alcanzar su fin —una mejor y más rápida Administración de la Justicia—, sin acometer otra importante reforma en relación con el estatuto del personal al servicio de la Administración de Justicia. De modo tal que, junto a este nuevo modelo organizativo se realiza una redefinición de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, y se les atribuyen nuevas funciones más acordes con la nueva realidad de la oficina judicial que se diseña, según lo que había previsto el propio Pacto de Estado<sup>4</sup>. Esta nueva estructura precisa —como no podía ser de otro modo—, de un personal capaz de responder a las particulares exigencias que implica el desempeño de su labor al servicio de un poder del Estado. Se establece por ello una reserva genérica e incondicionada por la que todas las unidades que conforman la oficina judicial sólo podrán ser cubiertas por personal de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y cuya ordenación se efectuará de conformidad con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo (art 435.4 LOPJ).

---

los abogados, ni a los procuradores, ni a las Administraciones Públicas con competencia en materia de administración de la Administración de Justicia, ni a los funcionarios que realizan su trabajo en ellas ni, lo que es más importante, a los ciudadanos que diariamente acuden a los Juzgados y Tribunales a los que se refiere uno de los aspectos fundamentales de la Administración de Justicia: el prestacional [...] hay que reconocer que la oficina judicial, tal como está configurada actualmente, carece de criterios organizativos, quizá por entender que todo lo que sucede en un Juzgado requiere una intervención del legislador o de las Administraciones Públicas mediante normas propias y diferenciadas y que cuestiones normalizadas en otras organizaciones no sólo públicas, sino privadas, son imposibles de transplantar a la organización judicial. Parece haber pesado mucho en esta afirmación apriorística un mal entendido concepto de la independencia judicial (aun en los tiempos presentes) según el cual, todo lo que afecta al trabajo diario en un órgano judicial incide en la potestad jurisdiccional, aunque sea un sistema concreto de notificaciones o los requisitos del papel que se utiliza en los órganos judiciales”.

<sup>4</sup> En el punto 11 del Pacto de Estado se disponía que: “El personal al servicio de la Administración de Justicia estará formado, fundamentalmente, por personal funcionario de Carrera integrado en Cuerpos Nacionales de nueva definición, en el que se potenciará su profesionalización y formación... Se aprobará un nuevo Estatuto de todo el personal. Se atribuirá mayor competencia a las Comunidades Autónomas en gestión de personal. Se introducirá la relación de puestos de trabajo”.





Luego la LO 19/2003 puso los cimientos de un ambicioso proyecto de transformación de la Administración de Justicia en nuestro país, que tras no pocas vicisitudes parece que comienza a tomar forma con la reciente reforma acometida por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial y la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que, entre otras normas, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Y es que, pese a lo que pudiera parecer, pues mucho se lleva hablando de esta “nueva oficina judicial”, aún queda bastante camino por recorrer. De ahí que, al hablar en este momento de la nueva oficina judicial debamos distinguir tres hitos o momentos que determinan su conformación. La primera de estas etapas sería la integrada por aquellas reformas que hicieron posible pergeñar el diseño legal de su estructura y organización. A continuación, y también mediante las oportunas reformas en nuestro ordenamiento jurídico, se ha procedido a la necesaria adaptación de la legislación procesal al nuevo diseño de la oficina, con otra ordenación del proceso y otros responsables directos de su gestión. Y, por último, un tercer hito, todavía hoy por llegar, lo constituye la efectiva creación de las nuevas unidades, proceso que precisará de la toma de decisiones por parte del Ministerio de Justicia y de las CCAA con competencias transferidas en esta materia, y que exigirá adaptaciones en materia de personal (constitución de las relaciones de puestos de trabajo) y de las infraestructuras judiciales. Sin duda, esta última tarea no resultará nada sencilla, y precisará de una adecuada programación del cambio por parte de las distintas Administraciones implicadas, fundamentalmente el Ministerio, las CCAA y el CGPJ.

## II. LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE LA REFORMA

El hecho de que el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia de 2001 fue suscrito por todos los grupos parlamentarios, y que tanto la LO 19/2003 como las recientemente aprobadas Ley 13/2009 y LO 1/2009, hayan contado con un amplio respaldo en ambas cámaras legislativas, no ha sido óbice para que se haya cuestionado la oportunidad y necesidad de una

**Tabla 1.** Tasa de Litigiosidad: N° de Asuntos/1000 habitantes.

Año	Habitantes	Asuntos	Ratio
2002	41.837.894	7.106.908	169,9
2003	42.717.064	7.320.878	171,4
2004	43.197.684	7.452.744	172,5
2005	44.111.110	7.728.699	175,2
2006	44.708.964	8.043.809	179,9
2007	45.200.737	8.343.687	184,6
2008	46.157.822	8.942.805	193,7
<b>Evolución 2002-2008</b>	<b>+ 10%</b>	<b>+ 26%</b>	<b>+ 14%</b>

Fuente: Ministerio de Justicia.





reforma de este calado.

La reforma del modelo de organización proyectado así como los cambios introducidos en las leyes procesales referidos a la nueva distribución de competencias en relación con el proceso, persiguen dar una respuesta eficaz a la mayor complejidad de sociedades avanzadas y al correspondiente incremento de la tasa de litigiosidad.

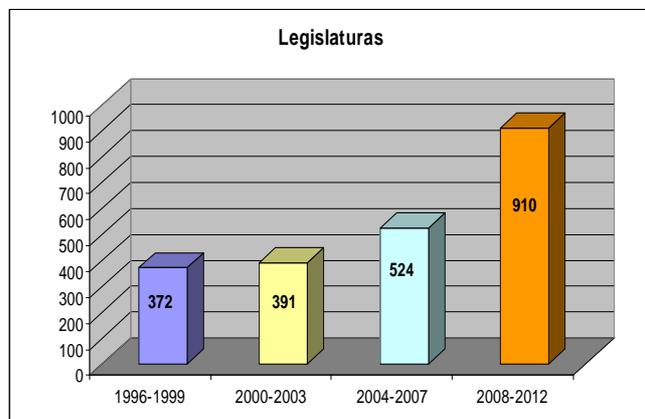
La tasa de litigiosidad se ha incrementado en un 14% en el período 2002-2008 (tabla 1). Esta circunstancia ha provocado que en la actualidad nos encontremos con más de 9 millones de casos que ingresan en los juzgados y tribunales. Andalucía, Valencia y Madrid son las CCAA con un mayor índice de litigiosidad (por TSJ): un incremento del 14% (núm. casos/1.000 habitantes).

Históricamente se han sucedido diversas respuestas ante este incremento de la litigiosidad y la dificultad de los tribunales por ofrecer una respuesta eficaz. Una de estas respuestas ha sido tanto el incremento de unidades judiciales (gráfico 1) como de la plantilla del personal al servicio de la Administración de Justicia (gráfico 2)<sup>5</sup>.

Sin embargo, los datos corroboran que las soluciones hasta este momento ensayadas para paliar la grave situación por la que atraviesa la Administración de Justicia, no sólo han resultado poco imaginativas —pues fundamentalmente se ha limitado a aumentar la plantilla y reproducir los esquemas—, sino lo que resulta más preocupante no han logrado su propósito: descongestionar y mejorar la calidad del servicio de la Administración de Justicia.

Lo cierto es que estas medidas han resulta insuficientes para dar respuesta a la congestión existente en los juzgados y tribunales. La tabla 3 refleja cómo el incremento del número de unidades judiciales no ha permitido reducir el volumen de los asuntos pendientes.

**Gráfico 1.** Creación de Unidades Judiciales



**Fuente:** Ministerio de Justicia.

**Nota:** Para el período 2010-2012 se contabiliza un ritmo de crecimiento anual de 200 Unidades Judiciales

<sup>5</sup> Se ha seleccionado el Ministerio Fiscal al ser el orden penal donde se produce una mayor concentración de asuntos.





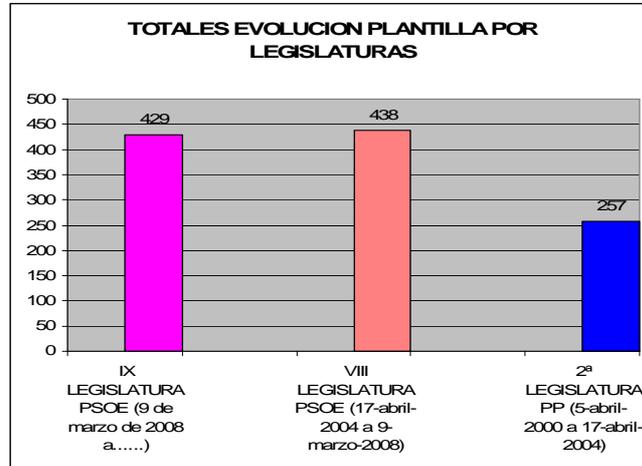
En principio se podría argumentar que el incremento que se produce en los años 2008 y 2009 es consecuencia directa del aumento de litigiosidad a causa de la crisis económica.

En efecto, la crisis económica esta teniendo un importantísimo impacto en los distintos órdenes jurisdiccionales. Así por ejemplo, en los juzgados de lo social los despidos han tenido un incremento del 48% en 2008, y las reclamaciones de cantidad del 46%. En el orden civil, los juzgados de lo mercantil han triplicado el número de concursos en 2008. Y en los juzgados de primera instancia y en los de primera instancia e instrucción, las ejecuciones hipotecarias han tenido en 2008 un incremento del 126%, y el previsto para 2009 es del 96% (CGPJ, Informe Julio 2009).

Sin embargo, la tendencia hacia un mayor grado de pendencia es anterior a la crisis y el crecimiento constante de la litigiosidad por habitante (tabla 1) apunta a que el escenario será más preocupante si no se produce un cambio de paradigma en el modelo de organización de los juzgados y tribunales.

La organización actual produce un efecto de “cuello de botella” por el que la multiplicación del número de unidades judiciales o el reforzamiento de las plantillas no hace sino reproducir el mismo problema. El juez o magistrado que resolvía en última instancia era incapaz de atender el volumen de procesos que tal número de funcionarios era capaz de prepararle. Estas

Gráfico 2. Evolución Plantilla Fiscales.



Fuente: Ministerio de Justicia.

Tabla 2. Evolución de la Pendencia 2002-2009.

Año	Unidades Judiciales	Asuntos Pendientes	Incremento anual
2002	4.118	2.086.180	
2003	4.156	2.129.842	2,1%
2004	4.189	2.089.592	-1,9%
2005	4.452	2.176.189	4,1%
2006	4.545	2.337.362	7,4%
2007	4.676	2.407.071	3,0%
2008	4.832	2.788.198	15,8%
Junio 2009	4.845	2.910.625	4,4%

Fuente: Ministerio de Justicia.





respuestas no mejoraban, por tanto, ni la capacidad de resolución de los juzgados ni la calidad de las resoluciones judiciales.

En razón a todo lo anterior, en el momento actual se ha buscado una estrategia distinta al simple aumento de unidades y plantilla (en muchas ocasiones vinculado a los créditos presupuestarios disponibles). En el modelo proyectado por las reformas se parte de la reordenación de la organización y funcionamiento de las hasta ahora secretarías judiciales —hoy oficinas judiciales—, de modo que las haga más eficaces, que las convierta en un instrumento (la oficina judicial) útil para los objetivos que se exigen a una Administración moderna.

### III. EL NUEVO MODELO PROCESAL FRUTO DE LAS LEYES PROCESALES

La Ley 13/2009 ha supuesto la modificación de 19 leyes, entre las que se encuentran no sólo las leyes de los distintos órdenes jurisdiccionales, sino también otras muchas de carácter procesal y material. En todo caso, más significativo es si cabe el alcance cualitativo de la reforma en las principales normas procesales de nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo y como se puede ver en la tabla siguiente, se modifican 757 preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, lo que supone el 52% de su articulado. Igualmente, se modifica el 51% de la Ley de Procedimiento Laboral o el 43% de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Es decir, esta reforma procesal tiene un importantísimo alcance en nuestro ordenamiento jurídico.

Este hecho pone de relieve que la denominada reforma de las leyes procesales es algo más y algo distinto —aunque íntimamente relacionado— con la oficina judicial. La transformación que pretende operarse en la Administración de Justicia no puede sustentarse únicamente en un cambio organizativo, pues precisamente los cambios en la forma de organización lo que posibilitan son nuevas formas de trabajo.

En este sentido es preciso recordar que la Administración de Justicia debe estar al servicio de los ciudadanos, siendo un servicio accesible, ágil y eficiente. Asimismo, no puede olvidarse tampoco que nos encontramos ante un Poder del Estado, el Poder judicial, que precisa contar con recursos y procedimientos óptimos para hacer posible su tarea fundamental: decidir en derecho, pacificando el conflicto de las partes que han acudido al proceso.

Desde esta perspectiva, que no es otra que la de favorecer las mejores condiciones para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la reforma de las leyes procesales ha tenido también como objetivo aprovechar el potencial y capacidad de los funcionarios de la Administración de Justicia. Y lo hace desde el entendimiento de que el marco normativo habilitado por el art. 456 de la LOPJ, modificado por la LO 19/2003, contempla la posibilidad de ampliación del elenco de funciones que pueden ser desempeñadas por el cuerpo superior de secretarios judiciales, en atención a su formación jurídica que les confiere un conocimiento profundo de las leyes procesales y del derecho procesal.





Además, lo cierto es que sólo puede lograrse el funcionamiento de una oficina judicial que dé satisfactoria respuesta a la demanda social de justicia si se optimizan las capacidades

profesionales de quienes trabajan para la Administración de Justicia.

Sólo puede lograrse el funcionamiento de una oficina judicial que dé satisfactoria respuesta a la demanda social de justicia si se optimizan las capacidades profesionales de quienes trabajan para la Administración de Justicia, en concreto y por lo que ahora nos ocupa, de los Secretarios judiciales. No ha de olvidarse que se trata de técnicos en Derecho, por lo que es preciso hacerles responsables de determinadas materias que si bien quedan fuera de la potestad jurisdiccional atribuida con exclusividad a Jueces y Tribunales, no por ello son menos importantes para la buena marcha de aquella Administración.

<b>Modificaciones Leyes Procesales por Ley 13/2009</b>	<b>Arts. Mdfos</b>	<b>Total Arts</b>	<b>% cambio/Ley</b>
Ley de Procedimiento laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la LPL.	156	303	51
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.	60	139	43
Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	757	827	92
Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva	5	22	23
Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.	48	230	21
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.	143	998	14
Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.	5	54	9
Modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.	3	46	6,5
Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.	1	16	6,3
Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación.	1	24	4,2
Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946	12	329	3,6
Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.	12	372	3,2
Ley de 16 de diciembre sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento	2	95	2,1
Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes	2	162	1,2
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común	1	146	0,7
Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque	1	167	0,6
Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal	DA 1	72	NA
Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.	DA 8	14	NA





Será mediante la racionalización de esfuerzos como podrá diseñarse y crearse una Oficina judicial compuesta de las dos Unidades de que habla el art. 436 de la LOPJ: las Unidades Procesales de Apoyo Directo y los Servicios Comunes Procesales, de modo que el secretario judicial que se encuentre al frente del Servicio Común de Ordenación del Procedimiento impulse éste para que el juez o tribunal pueda dictar las resoluciones de fondo en tiempo y forma. Y para que esto ocurra era indispensable llevar a efecto la reforma de las leyes procesales de modo que a los secretarios judiciales les fueran atribuidas no sólo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitiesen adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma.

Sin embargo, debido a que las normas cuya reforma se abordó son leyes que regulan el procedimiento y no normas de carácter organizativo, a lo largo del articulado de las mismas no se ha hecho mención, salvo en supuestos excepcionales, a los servicios comunes procesales. Para entender los textos elaborados no puede perderse de vista que en la mayoría de los casos se dice que el Secretario judicial realizará cierta función, ya que es el responsable último de la realización de todas las actividades que sirven de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional de Jueces y Magistrados (artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aunque la ejecución material corresponda a los funcionarios de los Cuerpos regulados en el Libro VI de la Ley orgánica y de conformidad con el catálogo de funciones que en el mismo se establecen y siempre bajo la dirección técnico procesal del Secretario judicial (art. 457 LOPJ).

De otro lado, las leyes de procedimiento no se refieren a cuestiones organizativas, sino meramente competenciales, habida cuenta, además de lo ya dicho, que han de ser igualmente aplicables en aquellos órganos en los que pueda implantarse la nueva oficina judicial con mayor facilidad, pero también en aquellos otros que tarden algún tiempo más en incorporarse al proceso, visto que la organización de la nueva Oficina ha de llevarse a cabo de forma gradual y en función de las posibilidades organizativas, técnicas y presupuestarias de cada Administración competente.

Así pues, nos hallamos ante dos reformas, una organizativa otra funcional, que pretenden una mejora del servicio que se presta a los ciudadanos, sobre la base del entendimiento de que de todas las funciones que confluyen en el proceso, a través del cual se ejerce la potestad jurisdiccional, no necesariamente deben ser realizadas por el personal jurisdiccional.

Finalmente, debe ponerse en valor el hecho de que ante una transformación de esta envergadura, que modifica la tradicional concepción del proceso judicial, el legislador ha establecido mecanismos de control judicial suficientes sobre la mayor parte de las competencias atribuidas a los secretarios judiciales. De este modo, el ciudadano podrá, en su caso, recabar del juez el control último de la decisión adoptada en este nuevo diseño procesal.





MODIFICACIONES LEYES PROCESALES POR LEY 13/2009	MODIFICACIONES
Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881.	Doce artículos modificados.
Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882.	a. 143 artículos (o partes de artículos) modificados b. Dos títulos modificados c. Derogación - 121.3 - Arts. 601 a 610 –ambos incluidos. - Cap. IV, Tit. II, Libro V (se deja sin contenido) a. Adición b. 144 bis; 238bis y 238ter; 367ter; 659: se añaden dos párrafos 6º y 7º. Art. 724: apdo. 4º. En el art. 990 se añaden dos párrafos 5º y 6º
Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946	12 artículos o partes de artículos modificados
Ley de 16 de diciembre sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento	Modifica: 18.2 y 63.1
Ley 50/1981 de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal	Sólo se modifica la Disposición Adicional primera
Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva	5 artículos modificados
Ley 19/1985, Cambiaria y del Cheque	Art. 85, párrafos 2 y 3
Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes	Modificado: 130.2 y 139 apartados 1 y 2
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y de procedimiento administrativo común	Adición de un nuevo párrafo 5º al art. 139
Ley de Procedimiento laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la LPL	a. 156 artículos modificados b. Adiciones: 130 bis, apartado 5º art. 85, apartado 4º art. 254. c. Derogados: art. 52
Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos	Art. 15.4: modificado





violentos y contra la libertad sexual.	
Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.	Modifica cinco artículos o partes de artículos: 7.3, 16.2, 20.3 y 4, 21.2, 46.3.
Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación.	Sólo modifica el art. 22
Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.	a. 60 artículos modificados b. Suprime el apartado 5 del art. 79 c. Añade: 12.1.2º, un segundo párrafo; 102bis, apartado 2º del art. 135
Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil	a. 757 artículos o partes de artículos modificados b. Añade: apartado 3º, art. 23; regla 8ª, apdo. 2 art. 26; apdo 3º art. 41; apdo. 4, art. 107; apdo 3, art. 137; apdo. 3, art. 138; apdo. 5 art. 161; 189bis; 192bis; 194bis; 213bis; apdo. 4 art. 214; apdo. 5, art. 215; apdo. 3 art. 244; apdo. 5 art. 247; apdo. 4 art. 405; art. 454bis; apdo. 2 art. 472; apartados 3 y 4 art. 497; apartados 5, 6, y 7 art. 545. Nuevo apdo en el art. 570. apartado 7, art. 607; apdo. 3 art. 612; apdo. 3 art. 617. apdo. 6 art. 650; apdo. 8 art. 670; apdo. 3 art. 686; apdo. 4 art. 703. c. Suprimidos: arts. 114, 120, 223, 224.
Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal.	Sólo se añade una Disposición Adicional 8ª
Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.	a. Se modifican 48 artículos b. Se añade: ordinal 7º, apdo. 1, art. 8
Modificación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.	Se modifican tres artículos.





## V. EL TRÁNSITO HACIA EL NUEVO MODELO: LA PREVISIBLE COEXISTENCIA DE AMBOS SISTEMAS

Es un hecho incontestable que la definitiva implantación del nuevo modelo de oficina judicial será un proceso largo y que debe abordarse de manera progresiva en función de las disponibilidades existentes. Más aún la experiencia que pueda recogerse en las ciudades incluidas en la primera fase de implantación resultará decisiva para abordar una planificación que comprenda la implantación de la NOJ en todos los partidos judiciales.

El actual mapa de la organización y gestión de medios personales y materiales muestra una situación asimétrica en todo el territorio nacional, con CCAA que han asumido casi totalmente las competencias en tales materias y otras que, sin embargo, continúan como territorios bajo la gestión del propio Ministerio de Justicia.

El hecho de que la LO 19/2003 previese que habían de ser las CCAA con competencias en materia de Justicia, o el Ministerio en los restantes territorios, quienes acordasen la creación y diseño de los servicios comunes asegura, indefectiblemente, ese mapa asimétrico de organización. No obstante, existen mecanismos que permitirán, respetando las competencias de cada CCAA, asegurar un funcionamiento homogéneo de las nuevas oficinas judiciales en todo el territorio del Estado. En este sentido resulta básica la función que la LOPJ atribuye al CGPJ (art. 438.7) para establecer criterios generales que permitan la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales de la misma clase en todo el territorio nacional. Es intención del CGPJ publicar de manera inmediata un primer reglamento de homogenización de actuaciones en el servicio común general. De otra parte, corresponde al MJU la ordenación de los puestos de trabajo de las oficinas judiciales asignados al Cuerpo de Secretarios Judiciales en todo el territorio del Estado y la aprobación definitiva de las relaciones de puestos de trabajo de las oficinas judiciales que elaboren las CCAA en sus respectivos ámbitos (art. 522 LOPJ).

El Ministerio de Justicia, en su ámbito territorial, ya ha iniciado este proceso y cuenta ya con un diseño de oficina (servicios comunes) tanto en la zona del llamado “territorio Ministerio”. En concreto, se ha propuesto que el proceso de implantación sea progresivo, coordinado y planificado, puesto que se trata de un amplio conjunto de medidas estructurales. De forma resumida, el Ministerio de Justicia va a desarrollar su actividad en torno dos grandes actuaciones de despliegue de la Nueva Oficina Judicial:

1. Audiencia Nacional: donde se pretende realizar un ambicioso plan de modernización en todos los ámbitos que también incluyen reformas organizativas. De esta manera se pretende implantar en primer término un Servicio Común General orientado de manera esencial a la tramitación electrónica de expedientes judiciales, y posteriormente abordar la implantación del resto de Servicios Comunes. Además, el objetivo es que este nuevo modelo organizativo, que se adaptará como es lógico a las particularidades de un órgano como la Audiencia





Nacional, también incluirá el diseño de un nuevo modelo de Oficina Fiscal de dicho Órgano.

2. Despliegue progresivo: respecto a las Comunidades Autónomas en las que la competencia de Justicia corresponde al Ministerio, se han seleccionado las ciudades de Burgos, Cáceres, Ciudad Real, Logroño, Palma de Mallorca, Ceuta, Melilla y Murcia para iniciar el despliegue de la Nueva Oficina Judicial. Esta primera fase del despliegue contempla un despliegue integral del nuevo modelo en los términos previstos en la LOPJ y por tanto, incluye tanto el Servicio Común de Ejecución como el más novedoso Servicio Común de Ordenación del Procedimiento. Además, a estas primeras ciudades le seguirá sin solución de continuidad un proceso de despliegue progresivo por el resto de territorios.

Para hacer posible este despliegue se han creado grupos técnicos de implantación y responsables de seguimiento que informarán periódicamente de los resultados.

Paralelamente en cada una de las ciudades seleccionadas para iniciar el despliegue se han constituido una serie de grupos jurídicos asesores bajo la coordinación de una Comisión Jurídica de carácter Nacional de la que forman parte cuatro magistrados y cuatro secretarios judiciales con el apoyo y colaboración del CGPJ y el MJU y a la que también se sumará algún representante de las CCAA con competencias asumidas.

Al mismo tiempo, es necesario buscar espacios de coordinación y colaboración con aquellas Comunidades Autónomas con competencias asumidas en materia de justicia a las que, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial, les corresponde, en sus respectivos territorios el diseño, creación y organización de los servicios comunes procesales. Esta reforma procesal también permite a las Comunidades Autónomas el ejercicio efectivo de sus competencias en esta materia para lo que también es necesario colegiar esfuerzos que contribuyan al interés común de culminar este proceso con éxito. Esta colaboración institucional ya ha dado sus primeros frutos y así, dentro del marco de la Conferencia Sectorial de Justicia, se han constituido dos grupos de trabajo específicos que han comenzado a desarrollar sus actividades, uno en materia de interoperabilidad y otro, concretamente, en materia de oficina judicial.

Es evidente que algunas CCAA como País Vasco están más avanzadas en la realización de los trabajos necesarios para la puesta en marcha de la NOJ pero sin duda alguna los nuevos espacios de colaboración que se están generando permiten vislumbrar un horizonte positivo en el que todas las CCAA, con diferentes ritmos, puedan sumarse al proceso de implantación del nuevo modelo.





## UNIDAD 2

### CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (1)

Esta Unidad tiene por objeto plantear los cambios en la tramitación procesal resultantes de la nueva distribución de competencias entre Secretarios Judiciales, de un lado, y los Jueces y Tribunales de otro. Consecuencia de esa redistribución competencial se ha modificado la regulación que hasta ahora se daba a la admisión a trámite de la demanda (que, con carácter general, se atribuye ahora al Secretario judicial), con todo lo que respecta al análisis de los requisitos del órgano y las partes, así como la acumulación de acciones. Pero también han afectado los cambios a la sustanciación del trámite de alegaciones. Especial interés tiene también la nueva regulación de las formas de terminación del procedimiento.

Finalmente se abordan los cambios que afectan al proceso monitorio, a la nueva regulación de los recursos y a importantes novedades en la tramitación de las demandas de conciliación que afectan tanto a su sustanciación como a la forma de terminación.

## ÍNDICE

<b>I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA.....</b>	<b>77</b>
1. El análisis de los requisitos del órgano judicial: la jurisdicción y competencia del órgano judicial .....	77
2. Análisis de los requisitos de las partes: legitimación, capacidad y postulación.....	78
3. Acumulación de acciones .....	80
<b>II. ANÁLISIS DE LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE.....</b>	<b>81</b>
<b>III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>82</b>
<b>IV. RESTANTES TRÁMITES EN LA FASE DE ALEGACIONES.....</b>	<b>83</b>
1. El traslado de la demanda/señalamiento de juicio.....	83
2. Contestación a la demanda .....	84
<b>V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.....</b>	<b>86</b>
1. Transacción.....	86
2. Renuncia y desistimiento .....	86
3. Satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto .....	87
4. El allanamiento .....	87
5. Enervación de las acciones.....	88
<b>VI. LA ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE PROCESO MONITORIO Y SU SUSTANCIACIÓN .....</b>	<b>88</b>
<b>VII. LA ADMISIÓN A TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DE LOS RECURSOS .....</b>	<b>89</b>
<b>VIII. LAS DEMANDAS DE CONCILIACIÓN .....</b>	<b>90</b>





## I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DEMANDA

Junto con el proceso de ejecución, es en el procedimiento para la admisión a trámite de la demanda donde más notable ha sido el cambio en la sustanciación de los procesos.

La asunción de competencias para resolver sobre la admisión a trámite de la demanda por parte del secretario judicial le obliga a analizar las circunstancias que giran en torno a la idoneidad de esta resolución. Así, debe controlar:

- a. si se aprecia falta de jurisdicción o de competencia objetiva o territorial del órgano judicial;
- b. en relación a las partes, su legitimación y capacidad procesal, así como si se cumplen los requisitos de postulación procesal; y
- c. examinará, en su caso, si procede la acumulación de acciones.

Ni que decir tiene que ni el titular del órgano judicial ni las partes quedan constreñidos a la decisión del Secretario favorable a la admisión a la demanda, pudiendo excepcionar éstas ante el Juez o Tribunal ya la falta de jurisdicción o competencia, ya el incumplimiento de los requisitos formales que debieron obstar aquella decisión.

### 1. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL

En términos muy generales se puede definir la jurisdicción como la capacidad de un determinado órgano judicial para conocer de un asunto, por no estar atribuido a otras instancias (como la administración, o los Tribunales internacionales). La competencia, por su parte, se refiere al reparto de los asuntos entre órganos judiciales en función de la materia, la instancia de que se trate, y el territorio, fundamentalmente.

Como previene el art. 38 LEC, los tribunales civiles deberán, de oficio, abstenerse de conocer en los supuestos en que aprecien la falta de competencia internacional (art. 36) o la falta genérica de jurisdicción, ya sea porque corresponda conocer el asunto a la jurisdicción militar o a la Administración pública (art. 37.1), ya se refiera materias ajenas al ámbito del orden jurisdiccional por venir atribuida a los tribunales penales o de los órganos propios de los órdenes contencioso-administrativo o social (art. 37.2).

También los arts. 48 y 58 LEC prevén la apreciación de oficio de la falta de competencia objetiva y territorial del órgano.

Tradicionalmente la decisión a este respecto venía atribuida al titular del órgano jurisdiccional que, en el momento previo a la admisión de la demanda resolvía de manera expresa o implícitamente sobre todas estas cuestiones. Sin embargo, con la reforma de la legislación procesal, conforme a lo previsto en la nueva regulación del art. 404 LEC, es ahora el secretario judicial quien, al examinar la demanda, debe analizar todas estas circunstancias y, si considera sometible el asunto a los tribunales y estima





competente al órgano al que se dirige la demanda, y se cumplen el resto de los requisitos previstos en la ley, resolverá su admisión.

## 2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y POSTULACIÓN

Como decimos, al admitir a trámite la demanda, según el nuevo ordenamiento procesal será el secretario judicial quien analice también el cumplimiento por las partes de los requisitos de legitimación, capacidad y postulación.

Con carácter general, sólo pueden intervenir en juicio y actuar en él como parte legítima quienes sean titulares de la relación jurídica u objeto litigioso (art. 10 LEC), en eso consiste estar “legitimado” para intervenir en él, que es un concepto más restrictivo que el de estar simplemente “interesado” en lo que resulte del pleito. Esta cualidad, conocida también como la “capacidad para ser parte”, se amplía también a aquellos sujetos o entidades a las que la ley les atribuya legitimación sin ser titulares de esa misma relación<sup>6</sup>.

Existen, no obstante, situaciones en las que se adquiere la titularidad del derecho de forma sobrevenida, ya iniciado un proceso. Son los supuestos que provocan lo que se conoce en nuestro Derecho como sucesión procesal, que pueden deberse tanto a la transmisión del objeto litigioso como a la sucesión procesal por muerte. En ambos casos se han producido algunas modificaciones con la reciente Ley 13/2009.

Así, conforme a lo previsto en el art. 17 LEC, cuando se haya transmitido lo que sea objeto de un juicio, estando éste pendiente, el adquirente podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. En tal caso, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación por la que acordará la suspensión de las actuaciones y otorgará un plazo de diez días a la otra parte para que alegue lo que a su derecho convenga. Si ésta no se opusiere dentro de dicho plazo se alzarán la suspensión mediante decreto en el que se dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él; en otro caso, es decir, si la parte contraria se opone a la sucesión procesal, el Secretario judicial dará cuenta al Juez o Tribunal competente, quien resolverá por medio de auto lo que estime procedente.

En el supuesto de sucesión procesal por muerte, también prevé el art. 16 LEC que, una vez comunicada la defunción de cualquier litigante por quien deba sucederle, el Secretario judicial acordará la suspensión del proceso y dará traslado a las demás

---

<sup>6</sup> Este sería el caso, por ejemplo, de las asociaciones de consumidores y usuarios en defensa de los derechos e intereses de sus asociados (art. 11 LEC). También el supuesto previsto en el art. 11 bis LEC para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, en que están también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de este derecho





partes. Acreditada la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, el Secretario judicial tendrá, en su caso, por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, teniéndolo el Tribunal en cuenta en la sentencia que dicte. No obstante, si no se personase el sucesor, el mismo artículo prevé cómo debe sustanciarse el incidente que, mientras tanto, servirá para mantener en suspenso el curso de los autos. De no producirse la sucesión procesal por la falta de personación en forma de los herederos, el Secretario judicial declarará la rebeldía del demandado si fuese éste el litigante fallecido o, cuando se tratase del demandante, dictará decreto en el que le tendrá por desistido, ordenando el archivo de las actuaciones, salvo que el demandado se opusiere, en cuyo caso el Juez resolverá lo que estime oportuno. Si la no personación de los sucesores se debiere a que no quieren comparecer y así constase se entenderá que la parte demandante renuncia a la acción ejercitada.

Por lo tanto, un primer aspecto que se debe analizar al resolver sobre la admisión a trámite una demanda es la legitimación, tanto activa (la del demandante) como pasiva (la del demandado), porque de apreciarse esa falta, la demanda así formulada debe ser rechazada.

No obstante, en determinadas circunstancias se puede incorporar un tercero ajeno a las partes, ya sea a instancias del actor, ya por iniciativa del demandado. En estos casos la intervención en el proceso se juzga conveniente porque de su resolución pueden derivarse efectos que, directa o indirectamente, podrían afectar a sus intereses. De este modo, conforme al art. 14.2 LEC, cuando la ley permita al demandado llamar a un tercero para que intervenga en el proceso se solicitará por el demandado que notifique al tercero la pendencia del juicio.

Sin embargo, no toda persona con capacidad para ser parte puede intervenir directamente en un proceso. Es necesario contar también con lo que se conoce como “capacidad procesal” que, como prevé el art. 7.1 sólo la tienen los que estén en pleno ejercicio de sus derechos. Así, por ejemplo, un menor de edad puede estar legitimado para ser parte en un proceso (imaginemos que es beneficiario de una herencia que es objeto central de discusión en un juicio), pero necesitará actuar en él a través de sus representantes legales (madre, padre, tutor o institución que vele por sus derechos) que suplan su falta de capacidad procesal.

Finalmente, tras comprobar la legitimación y la capacidad se deben verificar los requisitos de postulación procesal. Ésta se puede definir como la necesidad establecida por las leyes de intervenir en un determinado proceso representado y defendido por un procurador y un abogado, respectivamente.

Así, con carácter general, prevé el art. 23 LEC que la comparecencia en juicio será por medio de Procurador, que habrá de ser licenciado en Derecho, legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del juicio. El propio precepto contempla los procesos y actuaciones en que los litigantes están exentos de comparecer por medio de estos profesionales de quienes, tras la reforma, se dice también qué tipo de actuaciones procesales están facultados a realizar sin necesidad de abogado, si bien precisando que “al realizar dichos actos no podrá formular solicitud alguna”.





El documento habilitante del procurador es el apoderamiento, que puede realizarse por medio de escritura notarial o por comparecencia “ante el Secretario judicial de cualquier Oficina judicial”, y ésta es otra de las novedades a resaltar tras la Ley 13/2009, ya que antes sólo podría realizarse ante el Secretario del Juzgado que estuviere conociendo del asunto<sup>7</sup>. También aclara ahora este precepto que, en el caso de otorgamiento “apud acta”, es decir, cuando el apoderamiento se otorga personalmente ante el secretario judicial, no será necesario que al acto concurra el procurador.

En relación al abogado, el art. 31 LEC establece la obligatoriedad de que, con carácter general, los litigantes actúen dirigidos por éste ante los tribunales, sin que pueda proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de aquél.

Corresponde a las partes contratar los servicios del procurador y del abogado, a excepción de los supuestos de designación de oficio previstos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. También está previsto que las partes puedan solicitar la designación de profesionales por turno cuando su intervención sea preceptiva o cuando, no siéndolo, la parte contraria haya comunicado al Tribunal que actuará con intervención de éstos. En tal caso, y como novedad que se incorpora al art. 33 LEC, si la petición se manifiesta por el demandado, deberá formularla en el plazo de los tres días siguientes a recibir la cédula de emplazamiento o citación.

### 3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

Según indica el art. 71 LEC, el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí. Dicha acumulación producirá el efecto de que todas estas acciones son discutidas en un mismo procedimiento y se resuelven en una sola sentencia.

Los arts. 71 y 72 LEC prevén la regulación y los supuestos de acumulación objetiva y subjetiva de acciones. En cuanto al control sobre si se dan o no las circunstancias que permiten esa acumulación, es obvio que, trasladándose el control de requisitos formales y decisión sobre admisión a trámite de la demanda hacia el Secretario judicial, también corresponda a éste verificar si se propone acumular indebidamente varias acciones. En este caso, conforme a lo previsto en el art. 73.3 LEC, el Secretario judicial requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las acciones cuya acumulación fuere posible. Transcurrido el término sin que se produzca la subsanación, o si se mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad entre las acciones que se

---

<sup>7</sup> También puede otorgarse poder de representación mediante comparecencia en cualquier Consulado de España en el extranjero pues, conforme al art. 5 f) de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1962 (en vigor desde el 19 de marzo de 1967) en relación con el Anexo III del Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento Notarial, es función consular “actuar en calidad de notario” (S<sup>a</sup> 1671/2009, de 30 de noviembre, de la Sección 1<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana).





pretendieran mantener por el actor, se dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre la admisión de la demanda.

## II. ANÁLISIS DE LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE

Conforme a lo previsto en el art. 404 LEC, una vez examinada la demanda, si se cumplen los requisitos legales, el Secretario judicial dictará decreto admitiendo la misma. Sin embargo, debe abstenerse de admitirla en los siguientes casos:

- a. cuando estime falta de jurisdicción o competencia del Tribunal; o
- b. cuando la demanda adoleciese de defectos formales y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo concedido para ello por el Secretario judicial.

Así pues, lo que primero procede en estos supuestos es requerir al demandante para que subsane el defecto apreciado, si esto fuera posible, en el plazo que se fijará en la resolución que a tal efecto dicte el secretario. Este plazo no viene determinado en las leyes, con carácter general, a excepción de la previsión contenida en el art. 56.2 LJCA para la jurisdicción contencioso-administrativa de 10 días. Así, para subsanar en el orden jurisdiccional civil una supuesta acumulación indebida de acciones, el plazo previsto en el art. 73.3 LEC son 5 días, el mismo que para subsanar la falta o insuficiencia del depósito para admitir a trámite la demanda de revisión de sentencias firmes (513.2 LEC). Sin embargo, cuando la cuantía fijada en la demanda se estima incorrecta o no existen en ella elementos suficientes para calcularla correctamente, el plazo que tiene el actor para subsanar es también el de 10 días (254.4 LEC) pasados los cuales el Tribunal resolverá lo que proceda.

Por ello, en los casos en que el secretario judicial estime que no procedería la admisión a trámite, ya sea porque el defecto sea insubsanable o porque no se haya corregido en el plazo que hubiere fijado, deberá limitarse a dar cuenta al tribunal, para que sea éste quien resuelva lo procedente sobre la admisión. Así se dispone, por ejemplo, en los arts. 48 y 58 LEC, donde se especifica que si aquél entendiere que el órgano judicial carece de competencia objetiva o territorial, tras ser oídos el Ministerio Fiscal y de las partes personadas, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo procedente mediante auto.

A partir de aquí, será el juez o tribunal a quien hubiese sido turnado el asunto quien resolverá lo procedente y, como es obvio, ello puede plantear dos alternativas:

- a. Resolver, mediante auto, la inadmisión a trámite de la demanda por cualquiera de las circunstancias que hicieren merecer esta decisión, y que se acaban de analizar.
- b. Admitir a trámite la demanda, resolución que también deberá revestir la forma de auto y que será comunicada inmediatamente al secretario judicial para que adopte las medidas que acompañan a la admisión (traslado de demanda, emplazamientos, señalamiento de juicio, etc.)





Al juicio deberá darse la tramitación que haya indicado el actor en su demanda. Sin embargo, si a la vista de las alegaciones de la demanda el Secretario judicial advirtiere que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a que se refiere la demanda, acordará por diligencia de ordenación que se dé al asunto la tramitación que corresponda. Esta diligencia es directamente recurrible en revisión.

Como previene también el art. 254 LEC si, en contra de lo señalado por el actor, el Secretario judicial considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable, ni aun en forma relativa, y que por tanto no procede seguir los cauces del juicio verbal, deberá, mediante diligencia, dar de oficio al asunto la tramitación del juicio ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado.

### III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

Como venimos diciendo, corresponde al secretario judicial decidir la admisión a trámite de la demanda. Sin embargo, hay una serie de decisiones que también deben tomarse en este momento y que afectan de modo directo a determinados derechos fundamentales y que, por tanto, obligan a pronunciamientos que suponen ejercicio de la función jurisdiccional. Tal es el caso de la petición de medidas cautelares, sean éstas previas o simultáneas a la formulación de la demanda.

Así, conforme a lo previsto en el art. 733 LEC, el tribunal podrá acordar la adopción de medidas cautelares previa audiencia del demandado o incluso sin oír a esta parte “cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar”. Este texto, no modificado tras la reforma, confirma que sólo por decisión del juez o tribunal que conozca del asunto se podrá resolver la medida<sup>8</sup>.

Por ello, si el solicitante de medidas cautelares previas no indica nada en contra, el secretario judicial, al decidir sobre su admisión a trámite, se limitará a señalar fecha en la que deban comparecer las partes ante el tribunal para ser oídas sobre aquella pretensión, que será resuelta por éste mediante auto. Por el contrario, de haberse solicitado la resolución *inaudita parte*, es decir, sin dar previa audiencia a la parte, el secretario se limitará a acordar la remisión al mismo tribunal para que tome la decisión oportuna.

Del mismo modo se habría procedido en los casos en que la solicitud de medida cautelar fuese simultánea a la formulación de demanda, con la única salvedad de que, en este caso, sólo se habría remitido al tribunal testimonio de lo necesario para resolver al respecto, habiendo quedado en poder del secretario todo lo demás para dar curso a la demanda.

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido los arts. 771 y 773 LEC en relación a las peticiones de medidas cautelares previas o coetáneas a la demanda de nulidad, separación o divorcio.





#### IV. RESTANTES TRÁMITES EN LA FASE DE ALEGACIONES

##### 1. EL TRASLADO DE LA DEMANDA/SEÑALAMIENTO DE JUICIO

En el mismo decreto en que se admita a trámite la demanda, o bien en la resolución que suceda al auto de admisión que hubiere dictado el Juez o Tribunal a quien se hubiere dado cuenta para resolver cuando el Secretario judicial tuviere razones para considerar que procedía la inadmisión, se acordará el traslado de la demanda y, en su caso, el emplazamiento del demandado o la citación a juicio de las partes, con señalamiento de día para la vista.

Así, el art. 404 LEC dispone que, una vez examinada la demanda de juicio ordinario, el Secretario dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días. En el caso concreto del juicio verbal, el art. 440, establece que "...admitida la demanda, el Secretario judicial citará a las partes para la celebración de vista en el día y hora que a tal efecto señale..."

Como tradicionalmente se viene distinguiendo en nuestro ordenamiento jurídico procesal, las posibilidades que a partir de este punto se plantean en relación a la comparecencia o no del demandado son dos:

- a. La personación en debida forma, que implicará ser tenido como parte personada a todos los efectos.
- b. La no personación o personación sin cumplir los requisitos legales, que supone su declaración de rebeldía.

En el último de estos supuestos se ha producido también un cambio normativo con la reciente reforma, al señalar el art. 496 LEC que el Secretario judicial declarará en rebeldía al demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento, excepto en los supuestos previstos en esta ley en que la declaración de rebeldía corresponda al Tribunal, como ocurrirá cuando el demandado no comparezca al acto del juicio verbal o lo haga sin la debida postulación, cuando fuera obligatoria.

Aunque no se trata de un trámite propio del período de alegaciones, sí tiene que ver con éste el llamamiento a juicio de los sujetos que deban intervenir en él. Si bien hasta ahora nos hemos referido sólo a las partes, también pueden ser citados a la vista testigos o peritos cuya declaración resulte de interés para la resolución del litigio. En alguno de los efectos o circunstancias que derivan de estas citaciones ha habido también cambios significativos en la reforma de la normativa procesal, en concreto por lo que respecta a las indemnizaciones que los testigos pueden obtener de la parte que les propuso si acreditan el gasto o perjuicio que ello les ha ocasionado.

Conforme a la nueva redacción del art. 375.2 LEC, el importe de dicha indemnización lo fija ahora, mediante decreto, el Secretario judicial, una vez finalizado el juicio o la vista, y teniendo en cuenta los datos y circunstancias que le hayan sido aportados. Además, y como ya preveía la norma, si la parte o partes que hayan de





indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio.

## 2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Cuando, tras la admisión a trámite de una demanda, se emplaza o cita al demandado lo es a los efectos de que pueda, no sólo personarse en forma, sino también para que conteste a la demanda. Las respuestas posibles pueden ser:

- a. La aceptación de la petición que se contrae en aquella, lo que se conoce como allanamiento y que veremos a continuación.
- b. La aceptación de los hechos, pero no de las consecuencias jurídicas que de los mismos pretende atribuir el demandante, que conduce a la resolución del Juez o Tribunal sin necesidad de pasar por un período probatorio.
- c. La oposición a los hechos y, por lo tanto, también a las pretensiones expuestas por el actor.
- d. El silencio, es decir, la no respuesta del demandado que, salvo que pueda venir unida a otras circunstancias (v.gr., la incomparecencia, que supone su declaración de rebeldía) no produce más efecto que tenerle por decaído en su derecho a contestar<sup>9</sup>.

Por lo tanto, ante cualquiera de estas situaciones el Secretario judicial deberá dictar la correspondiente resolución, a menos que se produzca en el curso de una vista presidida por el Juez o Tribunal.

Sin embargo pueden darse también otras respuestas, previas o anejas a la contestación, en las que el demandado puede alegar circunstancias que obstarían un pronunciamiento sobre el fondo: las excepciones procesales. Dispone, pues, el art. 405 LEC que en la contestación a la demanda el demandado podrá alegar las excepciones materiales que tuviere por conveniente, así como las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Señala también que si considerare inadmisibles la acumulación de acciones, lo manifestará así, expresando las razones de la inadmisibilidad.

Además, al contestar a la demanda, el demandado puede formular reconvencción, en ejercicio de las pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Dicha reconvencción sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus

---

<sup>9</sup> Conforme al art. 136 LEC, transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate.





pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal (art. 406 LEC), por lo que el Secretario judicial deberá valorar los requisitos exigibles al analizar esta última y la posibilidad o no de acumular las acciones que en una y otra se ejercitan que, en su caso, podrá suponer el traslado al Juez o Tribunal competente para que resuelvan.

Admitida la reconvencción se procederá conforme previene el art. 407 LEC, dando traslado al actor reconvenido para que la conteste.

Normalmente con la contestación a la demanda, y en su caso la reconvencción, se cierra el capítulo de las alegaciones de parte antes de pasar al período probatorio. Sin embargo, hay situaciones como la que contempla el recientemente modificado art. 408.2 LEC que plantean alguna peculiaridad. En este precepto se prevé el supuesto de que el demandado haya alegado en su contestación hechos que puedan significar la nulidad absoluta del negocio en que el actor funda su demanda, negocio cuya validez el demandante da por incuestionable. Este hecho que, de algún modo, plantea la necesidad de una valoración previa al análisis de los hechos que constituyen el fondo del asunto (como si se tratase de una cuestión prejudicial) permite la posibilidad de que el actor pida al Secretario judicial trámite para contestar a la referida alegación de nulidad. El Secretario judicial resolverá mediante decreto si procede conceder ese trámite y, en su caso, el plazo para contestar será el mismo previsto para contestar a la reconvencción.

Normalmente la contestación a la demanda debe hacerse dentro de los plazos que fija la ley, ahora bien, es posible que en determinadas circunstancias se suspendan estos plazos en casos especialmente tasados, como ocurre si se plantean cuestiones incidentales de previo pronunciamiento.

Uno de estos casos de interrupción de los plazos es el supuesto de intervención provocada de un tercero promovida a instancias del demandado, en la que el Secretario judicial ordenará la interrupción del plazo para contestar a la demanda o la suspensión del acto de juicio caso de que fuera verbal y acordará oír al demandante en el plazo de diez días, resolviendo el Tribunal mediante auto lo que proceda.

El plazo concedido al demandado para contestar a la demanda se reanudará con la notificación al demandado de la desestimación de su petición o, si es estimada, con el traslado del escrito de contestación presentado por el tercero y, en todo caso, al expirar el plazo concedido a este último para contestar a la demanda. Si se tratase de un juicio verbal y el Tribunal hubiera estimado la solicitud, el Secretario judicial hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso (art. 14.2 LEC).

Otro supuesto habitual de suspensión del trámite de contestación a la demanda es el previsto se da en los casos en que el demandado pide el nombramiento de abogado y/o procurador de oficio al tiempo que solicita el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Si bien es cierto que el art. 16 LAJG establece que dicha solicitud “no suspenderá el curso del proceso”, no lo es menos que ese mismo precepto dispone que, para evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Juez, de oficio o a petición de





éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia. Hasta ahí venía siendo la redacción de este artículo, si bien con la reforma se ha incorporado un requisito para acordar la suspensión: que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales.

## V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

El Capítulo IV del Título Primero, Libro Primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, trata del poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones. Como regla general, en el orden jurisdiccional civil el principio dispositivo, en virtud del cual las partes tienen un poder relativamente significativo para manejar algunos tiempos y las decisiones sobre su conclusión.

Así, por ejemplo, el art. 19.4 LEC prevé que las partes puedan solicitar la suspensión del proceso, “que será acordada por el Secretario judicial mediante decreto siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”. Aunque hay otras actuaciones que tienen aún mayor relevancia procesal porque suponen la definitiva terminación del proceso y, en ocasiones, con efectos de cosa juzgada material.

### 1. TRANSACCIÓN

Como previene el art. 19 LEC, entre las facultades de disposición del objeto del juicio por las partes se encuentra la posibilidad de transigir sobre el mismo, lo que será posible en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de sentencia excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Nada ha cambiado en relación a esta institución con la reforma, manteniendo que, para produzca efectos, el acuerdo o convenio deberá ser homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretende poner fin.

### 2. RENUNCIA Y DESISTIMIENTO

Se trata de dos instituciones claramente distintas. Mientras el desistimiento supone la conclusión del proceso abierto, sin que nada impida el planteamiento de la misma pretensión a través de una demanda nueva, la renuncia produce los efectos de cosa juzgada en relación al negocio o relación jurídica planteada como cuestión de fondo.

Así, el art. 20.1 LEC prevé que cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, salvo que la renuncia fuese legalmente inadmisibles, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado.





Mientras que el apartado 3 de este mismo precepto regula el trámite a seguir en los casos en que la actora pretenda desistir, distinguiendo:

- a. Cuando aún no haya sido emplazado o citado a juicio el demandado, en cuyo caso el actor puede desistir unilateralmente.
- b. Cuando ya ha sido emplazado o citado el demandado, en cuyo caso será oído por plazo de diez días. Si no se opone el Secretario judicial dictará decreto acordando el sobreseimiento. En otro caso, el Juez o Tribunal resolverá lo que estime oportuno.

### **3. SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO**

Conforme al art. 22 LEC, cuando por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvenición, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniente o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia y, si hubiere acuerdo de las partes, se decretará por el Secretario judicial la terminación del proceso, sin que proceda condena en costas. La institución ya venía prevista antes de la reforma, aunque se atribuía la decisión al tribunal, mediante auto.

Como antes, se prevé que si alguna de las partes sostiene la subsistencia de interés legítimo, negando la satisfacción extraprocesal a sus pretensiones, el Secretario judicial convocará a las partes a una comparecencia ante el Tribunal dentro del plazo máximo de diez días y que versará sobre ese único objeto.

### **4. EL ALLANAMIENTO**

Viene previsto en el art. 21 como una de las modalidades que expresan el poder de disposición de las partes sobre el proceso. Sin embargo no supone, en puridad, su terminación, aunque sí la eliminación de todo trámite intermedio entre la fase de alegaciones y la sentencia, al haber desaparecido el elemento de contradicción entre las posiciones defendidas por demandante y demandado. Si nada discuten, sólo queda al tribunal resolver en el mismo sentido en que ambas convienen dictando sentencia condenatoria, a excepción de los supuestos previstos en el art. 21.1 LEC.

Existen supuestos especiales en los que el allanamiento viene condicionado a la producción de determinados efectos en la exigibilidad de ciertas prestaciones o al cumplimiento de determinadas obligaciones fruto de la relación jurídica que mantienen las partes.

En puridad se trata más de transacciones que de un allanamiento, pero como con ese nombre se recogen en la ley valga citar la situación prevista en el art. 21.3





LEC<sup>10</sup>, por la que se establece que si el allanamiento resultase del compromiso con efectos de transacción previsto en el apartado 3 del art. 437 para los juicios de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo (condonación al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas), la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo del desalojo establecido en la transacción, ésta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado, en el día y hora fijadas en la citación si ésta es de fecha posterior, o en el día y hora que se señale en dicha resolución.

## 5. ENERVACIÓN DE LAS ACCIONES

Constituye otra de las formas anticipadas de terminación del proceso aunque, en cierto modo, no es sino una modalidad de allanamiento a las pretensiones del actor que, previa satisfacción total o parcial de su reclamación, supone la conclusión del procedimiento sin que por ello se vea alterada la relación o negocio jurídico existente entre las partes.

Paradigma de esta solución procesal es la enervación del juicio de desahucio prevista en los apartados 4 y 5 del art. 22 LEC. Conforme a éstos, los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el Secretario judicial si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Hecho el pago, si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a juicio, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.

Otro de los supuestos de enervación de acciones viene recogido en el art. 693.3 LEC en relación al ejercicio de la acción hipotecaria, que tratamos al hablar del proceso de ejecución.

## VI. LA ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE PROCESO MONITORIO Y SU SUSTANCIACIÓN

Establece el art. 812 LEC en su nueva redacción que podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de 250.000 euros, cuando la deuda de esa cantidad se acredite de alguna de las formas que ese mismo precepto enumera. Lo más significativo de la reforma en este punto es el notable aumento del límite hasta el cual es

---

<sup>10</sup> Apartado introducido por Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.





posible formular este tipo de reclamaciones, que ha pasado de los 30.000 euros hasta el cuarto de millón, hecho que, sin duda, hará que en un futuro próximo se incremente notablemente su número, probablemente en detrimento de procesos declarativos y demandas de ejecución de título no judicial con mayor coste para la parte.

La competencia para conocer de este tipo de procesos corresponde, según el art. 813 LEC, también reformado, al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el Tribunal. En los supuestos en que la reclamación verse sobre el impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos será también competente el Juzgado del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante.

Con todo, la principal novedad introducida también aquí por la Ley 13/2009 estriba en la asunción por el Secretario judicial de las competencias sobre admisión y ordenación de este proceso que hasta ahora venían siendo del Juez de Primera Instancia, manteniéndose el régimen general introducido con la reforma para en los casos en que aquél estime que no procede admitir la demanda por cualquier circunstancia.

Novedad importante es también la ordenación y sistematización del procedimiento, sobre todo por lo que respecta a la regulación de sus formas de terminación que, siempre a través de decreto del Secretario judicial, pasan a ser:

1. Terminación por pago (art. 817 LEC).
2. Terminación por transformación en proceso de ejecución (art. 816.1 LEC).
3. Terminación por oposición (art. 818.2 LEC), distinguiendo:
  - a. La transformación en juicio verbal.
  - b. La transformación en juicio ordinario, previa formalización de la demanda.
  - c. El sobreseimiento por la no formalización de demanda de juicio ordinario en los casos en que fuere preceptiva.

## VII. LA ADMISIÓN A TRÁMITE Y SUSTANCIACIÓN DE LOS RECURSOS

La atribución de nuevas e importantes competencias a los Secretarios judiciales en la tramitación de los procesos implica la necesidad de articular un sistema de recursos que permita que el titular del órgano judicial, en determinados supuestos expresamente previstos en las leyes procesales, pueda conocer de las impugnaciones que se formulen contra las resoluciones del Secretario judicial, y por esta razón ha sido objeto de especial regulación en la reforma operada por la Ley 13/2009.

Además, y con el fin de dotar de homogeneidad a todo el sistema, se ha optado por dar, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, el mismo nombre a





los recursos que caben contra las resoluciones del Secretario judicial: recurso de reposición cuando se interpone ante el Secretario judicial que dictó la resolución impugnada, con el fin de que sea él mismo quien reconsidere su decisión; o bien recurso de revisión cuando se trata de que sea el Juez o Tribunal quien decida la cuestión. Se unifica también la denominación de los recursos interpuestos contra providencias y autos no definitivos en las jurisdicciones civil, social y contenciosa, desapareciendo la referencia al recurso de súplica en las dos últimas, en favor del término “recurso de reposición”, al tiempo que se unifica la regulación de los recursos devolutivos, atribuyendo competencias similares al Secretario judicial en la preparación e interposición de los mismos. Igualmente, se han incluido en los emplazamientos ante el órgano *ad quem* el apercibimiento de que, en caso de no realizarse en el plazo concedido, se declararán desiertos los recursos, por entender que se trató de una omisión del legislador anterior.

Con todo, y atendiendo al especial volumen que representa la regulación de los recursos ordinarios hoy podemos distinguir:

- a. Resoluciones recurribles en reposición (art. 451 LEC):
  - o Las diligencias de ordenación y decretos no definitivos, excepto cuando se prevea directamente el recurso de revisión.
  - o Las providencias y autos no definitivos.
- b. Resoluciones recurribles en revisión (art. 454 *bis* LEC)
  - o Los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación y en aquellos otros casos en que expresamente se prevea.
- c. Resoluciones recurribles en apelación (art. 455 LEC)
  - o Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale.

Con carácter general la admisión de trámite de estos recursos no produce efecto suspensivo, excepto en el caso del recurso de apelación interpuesto contra sentencias estimatorias de demanda..

Con la introducción del depósito para recurrir a través de la LO 1/2009, previsto en la nueva Disposición Adicional Decimoquinta, se añade un requisito para la admisibilidad de la impugnación ya que, como previene su apartado 7 “no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido”.

## VIII. LAS DEMANDAS DE CONCILIACIÓN

Recuérdese que en nuestro ordenamiento procesal civil, tras la reforma del año 2000 siguen vigentes algunos preceptos de Ley anterior, de 1881. En varios de estos preceptos se recoge aún la regulación del acto de conciliación, que también ha sufrido





notables modificaciones a través de la Ley 13/2009 en los términos que se explican a continuación.

Conforma a la nueva redacción del art. 460 LEC-1881, antes de promover un juicio, podrá intentarse la conciliación ante el Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia o ante el Juez de Paz competentes. Por lo tanto se distingue ahora la figura de dos sujetos ante los cuales puede llevarse a cabo este acto: el Secretario judicial o el Juez de Paz en las poblaciones en cuyo ámbito territorial tuvieren éstos competencia (por no contar con otro tipo de órganos judiciales en su sede).

Así, respecto de la competencia territorial para conocer de las demandas de conciliación, el art. 463 LEC-1881 dispone que serán los Juzgados de Primera Instancia o de Paz del domicilio del demandado los únicos competentes para que ante ellos se tramiten los actos de conciliación. No obstante, añade que si el demandado fuere persona jurídica serán también competentes los del lugar del domicilio del demandante, siempre que en éste radique delegación, sucursal u oficina abierta al público y sin perjuicio de la adecuada competencia que resulte para caso de posterior litigio.

No se admiten incidentes sobre la competencia o recusación del Secretario judicial o del Juez de Paz quienes, de plantearse la cuestión, deberán tener por intentada la comparecencia sin otro trámite.

Sobre el modo de solicitar la celebración del acto no ha habido sustanciales cambios respecto de la anterior regulación, debiéndose cursar dicha solicitud por escrito, en el que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o los domicilios en que puedan ser citados, y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. También podrá formular la solicitud de conciliación cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el Tribunal correspondiente.

Hecha la solicitud, se señalará día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible.

Además de asumir el Secretario judicial nuevas competencias, se han producido modificaciones en la terminología empleada cuando se regula el momento de su celebración. Así, conforme al art. 471 LEC-1881, si el Secretario judicial o Juez de Paz no consiguen avenir a las partes declararán el acto como “terminado sin avenencia” (frente al “terminado sin efecto” previsto en la anterior redacción). Pero lo más significativo es que en este supuesto, es decir alcanzada la avenencia, dispone este mismo precepto que “el Secretario judicial dictará decreto o el Juez de Paz auto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones”.

Recordemos que, como señala el art. 476 LEC-1881, esta resolución aprobando el acuerdo entre las partes lleva aparejada ejecución en los términos previstos en el art. 517.2.º LEC, ejecución que se llevará a efecto en el mismo Juzgado en que se tramitó la conciliación, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio Juzgado o, en otro caso, el Juzgado a quien hubiere correspondido conocer de la demanda si se hubiere acudido directamente a esta vía sin intentar la conciliación.





### UNIDAD 3

## CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (2): EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Esta unidad es la primera de dos que recogen las importantes novedades introducidas con la reforma de las leyes procesales en materia de ejecución. El proceso de ejecución pasa a ser responsabilidad, casi en su integridad, del Secretario judicial. Así, quedan bajo decisión judicial la orden general de ejecución y a la resolución de los recursos que a lo largo de este proceso puedan plantearse. En el tema se profundizará sobre los aspectos que rodean el despacho de ejecución, la concreta adopción de medidas ejecutivas y las más importantes cuestiones incidentales que pueden suscitarse durante la sustanciación de este proceso, para terminar por exponer algunas especialidades procesales en esta materia.

### ÍNDICE

<b>I. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL Y DE LAS PARTES.....</b>	<b>93</b>
1. El Órgano competente para conocer la ejecución .....	93
2. Las partes en la ejecución forzosa.....	94
<b>II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>94</b>
1. La orden general de ejecución .....	94
2. El decreto dando curso a la ejecución.....	95
<b>III. MEDIDAS EJECUTIVAS CONCRETAS.....</b>	<b>96</b>
1. El embargo .....	96
2. El requerimiento para la designación de bienes.....	97
3. El deber de colaboración de personas y entidades.....	97
<b>IV. CUESTIONES INCIDENTALES EN EL TRANCURSO DE LA EJECUCIÓN .....</b>	<b>98</b>
1. La tasación de costas.....	98
2. La liquidación de daños y perjuicios (liquidación de intereses).....	100
3. Incidentes en la ejecución provisional.....	100
4. La acumulación de procesos .....	101
5. Incidente de oposición.....	101
6. La infracción de normas en el proceso de ejecución .....	102
7. La suspensión del proceso de ejecución .....	102
8. Las tercerías .....	103
<b>V. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>104</b>
1. La entrega directa de retenciones periódicas al acreedor .....	104
2. Especialidades en la ejecución de juicios de desahucio .....	104
3. Especialidades en la ejecución de bienes hipotecados.....	105
<b>VI. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN .....</b>	<b>105</b>





## I. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL Y DE LAS PARTES

Conforme a lo previsto en el art. 517 LEC, la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. No ha sufrido cambios este precepto sobre la enumeración de los títulos que tienen esta condición, pero sí alguna precisión, al indicarse en la nueva redacción del art. 476 LEC de 1881 que, a los efectos previstos en el art. 517.2.9º LEC, la resolución aprobando lo convenido por las partes en acto de conciliación (decreto del secretario judicial o auto del juez de Paz) tendrá aparejada ejecución.

No obstante, conviene recordar también que la acción ejecutiva fundada en sentencia, en resolución del tribunal o del secretario judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral, caduca si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución (art. 518 LEC).

### 1. EL ÓRGANO COMPETENTE PARA CONOCER LA EJECUCIÓN

En cuanto al órgano competente para conocer la ejecución, se fijan el art. 545 LEC algunos criterios que, principalmente, se fundamentan en el ámbito territorial:

1. Si el título ejecutivo consistiera en resoluciones judiciales, resoluciones dictadas por Secretarios Judiciales a las que esta ley reconozca carácter de título ejecutivo o transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados, será competente para dictar el auto que contenga la orden general de ejecución y despacho de la misma el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o en el que se homologó o aprobó la transacción o acuerdo.
2. Si el título es un laudo arbitral, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado dicho laudo.
3. Para la ejecución fundada en títulos distintos de los expresados en los apartados anteriores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar que corresponda con arreglo a las reglas generales que determinan el fuero de las personas físicas o jurídica; o bien, a elección del ejecutante, el Juzgado de Primera Instancia del lugar de cumplimiento de la obligación, según el título, o el de cualquier lugar en que se encuentren bienes del ejecutado que puedan ser embargados, sin que sean aplicables, en ningún caso, las reglas sobre sumisión expresa o tácita.

Corresponde al tribunal examinar de oficio su competencia territorial y si entendiera que no es territorialmente competente dictará auto absteniéndose de despachar ejecución e indicando al demandante el tribunal ante el que ha de presentar la demanda (546 LEC).





## 2. LAS PARTES EN LA EJECUCIÓN FORZOSA

Sobre las partes y sujetos de la ejecución forzosa dispone el art. 538 LEC que son parte la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha.

Sólo puede despacharse ejecución frente a quien aparezca como deudor en el mismo título ejecutivo, o bien aquél que responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado mediante documento público, o, por último, quien resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente.

Vistas las condiciones para estar legitimado pasivamente en este tipo de procesos, en cuanto a la legitimación activa es obvio deducir que sólo podrán ser demandantes aquellas personas, físicas o jurídicas, titulares de los derechos que deriven de los títulos ejecutivos. Sin embargo, en ambos casos quedan abiertas las posibilidades de sucesión procesal previstas en el art. 540 LEC.

Sobre la postulación, el art. 539 prevé que tanto ejecutante como ejecutado deban estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales.

## II. EL DESPACHO DE EJECUCIÓN

Sin duda una de las más relevantes novedades introducidas en nuestro ordenamiento procesal a través de la Ley 13/2009 es la sustanciación del proceso de ejecución. Ya el momento de su admisión a trámite presente notables peculiaridades.

### 1. LA ORDEN GENERAL DE EJECUCIÓN

El primero de estos cambios se refiere a la introducción de la decisión judicial sobre la orden general de ejecución. Así, previene el art. 551 que, presentada la demanda ejecutiva, el tribunal, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma.

Así pues, un primer aspecto significativo, que diferencia la admisión a trámite de una demanda de ejecución de las demandas en un proceso declarativo es a quién corresponde analizar si concurren los presupuestos y requisitos procesales, o determinar la existencia de irregularidades formales. Mientras que con carácter general se establece que ese análisis corresponde al Secretario judicial, en las demandas ejecutivas es el juez o tribunal competente quien dictará auto conteniendo la orden general previo estudio y aceptación de aquellas exigencias legales. La razón de ello sigue la lógica ordenación de los trámites que deben preceder al inicio de la ejecución, es decir, a la comprobación de la legitimación de ejecutante y ejecutado, o de la ejecutividad de la resolución judicial en





los casos en que se funde en ella la demanda, circunstancias que parece razonable sean analizadas directamente por el juez o tribunal<sup>11</sup>.

Como es lógico pensar, si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, denegará la misma mediante auto que será directamente apelable (art. 552.1 LEC).

Dictado el auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, éste deberá expresar:

1. La persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha ésta.
2. Si la ejecución se despacha en forma mancomunada o solidaria.
3. La cantidad, en su caso, por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos.
4. Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo, y asimismo respecto de los responsables personales de la deuda o propietarios de bienes especialmente afectos a su pago o a los que ha de extenderse la ejecución.

Contra el auto autorizando y despachando la ejecución no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado.

## **2. EL DECRETO DANDO CURSO A LA EJECUCIÓN**

Una vez dictada esta resolución por el juez o tribunal, el Secretario judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictará decreto en el que se contendrán:

1. Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes.
2. Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de esta ley.
3. El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor; en los casos en que la ley establezca este requerimiento.

Contra el decreto dictado por el Secretario judicial cabrá interponer recurso directo de revisión, sin efecto suspensivo, ante el tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución.

---

<sup>11</sup> Sólo a éste le constarán las circunstancias como transcurso del plazo de espera para la ejecución de las resoluciones procesales o arbitrales de veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado (art. 548 LEC).





Así pues, corresponde al juez o tribunal, según los casos, dictar la orden general de ejecución, mientras que será competencia del Secretario judicial la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución, la adopción de todas las medidas necesarias para la efectividad del despacho, ordenando los medios de averiguación patrimonial que fueran necesarios, así como las medidas ejecutivas concretas que procedan.

Dispone el art. 553 LEC, reformado, que el auto que autorice y despache ejecución así como el decreto que en su caso hubiera dictado el Secretario judicial, junto con copia de la demanda ejecutiva, serán notificados simultáneamente al ejecutado o, en su caso, al procurador que le represente, sin citación ni emplazamiento, para que en cualquier momento pueda personarse en la ejecución, entendiéndose con él, en tal caso, las ulteriores actuaciones. Se recoge ahora, pues, la posibilidad de efectuar la notificación a través del procurador que tuviere designado (que, en todo caso, será simultánea con el propio interesado) que no venía prevista en la redacción del art. 553.2 anterior a la reforma.

Además de la orden general de ejecución por la que se autoriza y despacha la misma, en los procesos de ejecución adoptarán la forma de auto las resoluciones del tribunal que:

1. Decidan sobre oposición a la ejecución definitiva basada en motivos procesales o de fondo.
2. Resuelvan las tercerías de dominio.
3. Aquellas otras que se señalen en la LEC.

Por otra parte, adoptarán la forma de decreto las resoluciones del Secretario judicial que determinen los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución y aquellas otras que se señalen en esta ley.

El tribunal decidirá por medio de providencia en los supuestos en que así expresamente se señale, y en los demás casos, las resoluciones que procedan se dictarán por el Secretario judicial a través de diligencias de ordenación, salvo cuando proceda resolver por decreto

### **III. MEDIDAS EJECUTIVAS CONCRETAS**

Como hemos señalado antes, el art. 551.3 LEC establece que, dictado el auto conteniendo la orden general de ejecución, el Secretario judicial responsable de la misma acordará, mediante decreto, las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes.

#### **1. EL EMBARGO**

Como apunta dicha norma, el embargo es la medida concreta, ya sea ejecutiva, ya preventiva, más comúnmente empleada para asegurar las responsabilidades reclamadas al deudor. Conforme al art. 587 LEC, el embargo se entenderá hecho desde que se decrete por el Secretario judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la





correspondiente diligencia, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba. También corresponde al Secretario judicial acordar la mejora, reducción y modificación del embargo (art. 612 LEC). Para la traba de bienes concretos se tendrá en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado (592.1 LEC).

Y, como novedad tras la reforma, añade el art. 587 LEC que el Secretario judicial adoptará inmediatamente dichas medidas de garantía y publicidad, expidiendo de oficio los despachos precisos, de los que, en su caso, se hará entrega al procurador del ejecutante que lo hubiera solicitado, el clara alusión al trámite previsto en el art. 629 LEC, que se refiere a la anotación preventiva del embargo de bienes susceptibles de inscripción registral.

Pese a que es nulo el embargo que recaiga sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste, sí pueden embargarse los depósitos bancarios y los saldos favorables que arrojen las cuentas abiertas en entidades de crédito, siempre que, en razón del título ejecutivo, se determine por el Secretario judicial una cantidad como límite máximo (art. 588 LEC).

## **2. EL REQUERIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN DE BIENES**

Para asegurar la efectividad de estas medidas, el Secretario judicial puede requerir al ejecutado al objeto de que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes que cubran la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Puede el Secretario, incluso, imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no responda debidamente al requerimiento. Frente al decreto que imponga tales multas cabrá recurso directo de revisión ante el tribunal que conozca de la ejecución, que no tendrá efecto suspensivo.

Como ya estaba previsto en la anterior redacción del art. 590 LEC, a instancias del ejecutante que no pudiese designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el Secretario judicial encargado de la ejecución (antes era el tribunal) podrá dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el aquél indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia.

Como novedad se incluye también ahora que cuando lo pida el ejecutante y a su costa, su procurador podrá intervenir en el diligenciamiento de los oficios que hubieran sido librados a tal efecto y recibir la cumplimentación de los mismos.

## **3. EL DEBER DE COLABORACIÓN DE PERSONAS Y ENTIDADES**

En relación con el deber de colaboración que todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, el art. 591 LEC dispone ahora que éstas deberán entregar al Secretario judicial encargado de la ejecución, o incluso al





procurador del ejecutante, cuantos documentos y datos tengan en su poder y cuya entrega haya sido acordada por el Secretario judicial, sin más limitaciones que los que imponen el respeto a los derechos fundamentales o a los límites que, para casos determinados, expresamente impongan las leyes. A este respecto se añade también que cuando dichas personas o entidades alegaran razones legales o de respeto a los derechos fundamentales para no realizar la entrega dejando sin atender la colaboración que les hubiera sido requerida, el Secretario judicial dará cuenta al juez o tribunal que dictó la orden general de ejecución que, previa audiencia de los interesados, podrá acordar la imposición de multas coercitivas periódicas a las personas y entidades que no presten la colaboración que se les haya requerido.

#### **IV. CUESTIONES INCIDENTALES EN EL TRANCURSO DE LA EJECUCIÓN**

Conforme a dispuesto en el art. 387 LEC, son cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se suscitan respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso.

En un sentido aún más amplio, quedan comprendidas también aquí aquellas que, de uno u otro modo, afectan al desarrollo del proceso de ejecución y a pronunciamientos que, sin alterar el contenido del despacho de la misma, se encaminan a favorecer la plena satisfacción del derecho ejercitado por el actor; y además aquellas otras a través de las cuales las partes modulan el contenido de sus pretensiones en vía de ejecución o incluso sirven para rechazarlas mediante de los mecanismos de oposición previstos en la ley.

##### **1. LA TASACIÓN DE COSTAS**

Aunque en puridad no constituye un incidente necesariamente propio de la ejecución, sí es cierto que tendrá su origen siempre en la obligación de su abono a la parte contraria, sea por una condena expresa que, con carácter general y en los procesos declarativos, se impone a la parte que ha visto rechazadas todas sus pretensiones, sea porque, como en materia de ejecución previene el art. 539.2 LEC, aquellas sobre las que no haya un pronunciamiento expreso serán “a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición”, aunque el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo hasta su liquidación, salvo los que correspondan a actuaciones realizadas a instancia del ejecutado u otros sujetos, quienes deberán satisfacer su importe.

El trámite para el cálculo de las costas y los incidentes ante una eventual impugnación vienen recogidos en los arts. 242 y siguientes de la LEC que, sobre todo en lo referente a estos últimos han sufrido notables cambios con la reforma de la legislación procesal.

Así, el art. 243.1 LEC hoy prevé que la tasación de costas se practique “por el Secretario del tribunal que hubiera conocido del proceso o recurso, respectivamente, o,





en su caso, por el Secretario judicial encargado de la ejecución”, en alusión a las que se hubieren devengado en el curso de esta última.

Aunque la doctrina se había pronunciado ya en numerosas ocasiones sobre el carácter superfluo de ciertas actuaciones que pretendían incluirse en la tasación como generadoras de derechos para ciertos profesionales, ahora se dispone expresamente que no serán incluidas en la tasación “los derechos de los procuradores devengados por actuaciones meramente facultativas, que hubieran podido ser practicadas en otro caso por las Oficinas judiciales”.

No estaba antes prevista, aunque un buen número de Órganos así lo acordaban, la aprobación de la tasación mediante resolución alguna si no había sido impugnada dentro del plazo concedido para su vista. Hoy sí se recoge esta eventualidad en el nuevo apartado 3 del art. 244 LEC, que dispone que, verificado ese extremo, el Secretario judicial aprobará la tasación mediante decreto, añadiendo que contra tal resolución cabe recurso directo de revisión, y ningún otro recurso contra el auto resolutorio de la revisión.

Como ya se preveía antes, dos son los fundamentos de impugnación de la tasación de costas: la impugnación por considerar excesivos los honorarios de quien, sin estar sujeto a arancel, eleva su minuta por encima de lo previsto en las normas colegiales, o de la asociación o corporación a la que estos profesionales pertenecen (generalmente los honorarios de los abogados intervinientes); y la motivada por que se estime han sido incluidas en la tasación partidas indebidas, por corresponder a actuaciones no realizadas o que no tienen la consideración de costas procesales (también si han sido deliberadamente excluidas las que sí cumplen estos requisitos).

Se mantienen en el art. 246 LEC las dos vías para sustanciar cada uno de estos motivos de impugnación. En la primera modalidad, impugnada la tasación de costas por considerar excesivos los honorarios profesionales, se establece que, tras oír al profesional, se pedirá dictamen al Colegio, Asociación o Corporación a que pertenezca. Tras ello, el Secretario judicial dictará decreto manteniendo la tasación realizada o, en su caso, introducirá las modificaciones que estime oportunas. Contra dicho decreto cabe recurso de revisión.

Si la impugnación viene motivada por haberse incluido en ella partidas de derechos u honorarios indebidas, o por no haberse incluido en aquella gastos debidamente justificados y reclamados, el Secretario judicial dará traslado a la otra parte por tres días para que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de las partidas reclamadas. Transcurrido este plazo, el Secretario judicial resolverá en los tres días siguientes mediante decreto. Por lo tanto, cambia sustancialmente la tramitación prevista anteriormente, que contemplaba la continuación del incidente por los trámites del juicio verbal, es decir, convocando a las partes a una vista.

Frente a la resolución del Secretario resolviendo la impugnación de la tasación por cualquiera de los motivos expuestos podrá interponerse recurso directo de revisión y contra el auto resolviendo el recurso de revisión no cabrá recurso alguno.





## 2. LA LIQUIDACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (LIQUIDACIÓN DE INTERESES)

El procedimiento para la determinación de los daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o saldo resultante de la rendición de cuentas de una administración, también empleado habitualmente para la liquidación de los intereses<sup>12</sup>, viene previsto en los arts. 713 y siguientes LEC.

También en este procedimiento se han introducido algunos cambios con la reforma de la normativa procesal a través de la Ley 13/2009. Así, el art. 713 LEC, que prevé que el mismo comience mediante escrito motivado en que el acreedor presente relación detallada de los daños y perjuicios con su valoración (o liquidación de intereses, en su caso) y documentos que considere oportunos, de todo lo cual el Secretario judicial dará traslado a quien hubiere de abonar los daños y perjuicios, para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente.

Si el deudor se conforma con la relación de los daños y perjuicios y su importe, la aprobará el Secretario judicial responsable de la ejecución mediante decreto, y se procederá a hacer efectiva la suma convenida. Dicha conformidad podrá ser expresa o tácita, si dejare transcurrir el plazo sin alegar nada en contra de aquélla.

Si, por el contrario, el deudor se opusiera motivadamente a la petición del actor, sea en cuanto a las partidas de daños y perjuicios, sea en cuanto a su valoración en dinero, se sustanciará la liquidación de daños y perjuicios por los trámites establecidos para los juicios verbales, para lo cual señalará día para la vista que se celebrará ante el juez o tribunal que dictó la orden general de ejecución. Éste, a instancia de parte o de oficio si lo considera necesario, dictará providencia nombrando perito que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero. En tal caso, fijará el plazo para que emita dictamen y lo entregue en el Juzgado y la vista oral no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente al traslado del dictamen a las partes (art. 715 LEC).

## 3. INCIDENTES EN LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

Es propia de la ejecución provisional de condenas dinerarias la suspensión de la misma cuando el ejecutado ponga a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante, la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas por los que se despachó ejecución. Tras la reforma operada por Ley 13/2009, se corrige la redacción del art. 531 LEC, que se refería antes

---

<sup>12</sup> El art. 1108 del Código Civil prevé que cuando una obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, el interés legal.





a la necesidad de consignar “las costas que se hubieren producido hasta ese momento” montante que no era posible precisar en ese instante. Por ello, efectuado el pago, el Secretario judicial suspenderá mediante decreto la ejecución y una vez liquidados los intereses y tasadas las costas decidirá sobre la continuación o archivo de la ejecución mediante decreto que será susceptible de recurso directo de revisión.

#### 4. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

Otra cuestión que afecta al desarrollo de la ejecución es la posibilidad de acumulación de los procesos de ejecución pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado, que podrá acordar el Secretario judicial a instancia de cualquiera de las partes, o de oficio (art. 555.1 LEC), eventualidad que antes de la reforma sólo era posible a iniciativa de las partes.

Se mantiene también la viabilidad de acumular procesos de ejecución seguidos frente al mismo ejecutado ante distintos órganos y por varios ejecutantes, acumulación que deberá promoverse por cualquiera de éstos, y a la que el Secretario judicial competente en el proceso más antiguo accederá si lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes.

#### 5. INCIDENTE DE OPOSICIÓN

Quizás el supuesto paradigmático de los incidentes en el curso de un proceso de ejecución sea el de la oposición formulada por el ejecutado. La oposición debe formularse en el plazo de diez días y por escrito. En su tramitación cabe distinguir dos supuestos:

1. Que se trate de la ejecución de resoluciones procesales o arbitrales de condena (art. 556 LEC) y se alegue el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, lo que habrá de justificar documentalmente.
2. Que la ejecución esté fundada en otro tipo de documentos (art. 557 LEC).

Si se formulare la oposición, el Secretario judicial suspenderá el curso de la ejecución cuando esta estuviere fundada en títulos no judiciales ni arbitrales, o cuando se trate del auto de cuantía máxima a que se refiere el art. 517.2.8ª LEC, en otro caso no se suspenderá el proceso de ejecución. Tampoco suspenderá el curso de la ejecución la oposición fundada exclusivamente en pluspetición o exceso, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal, para su inmediata entrega por el Secretario judicial al ejecutante, la cantidad que considere debida.(art. 558.1 LEC).

El incidente de oposición será resuelto mediante auto por el juez o tribunal que dictó la orden general de ejecución. Cuando aquélla se fundare en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo. En otro caso dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante.





Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.

Resuelta la oposición por motivos procesales o cuando éstos no se hayan alegado, el ejecutante podrá impugnar la oposición por motivos de fondo en el plazo de cinco días, contados desde que se le notifique la resolución sobre aquellos motivos o desde el traslado del escrito de oposición. Si la controversia no pudiere resolverse con los documentos aportados, el tribunal acordará mediante providencia la celebración de vista, señalándose por el Secretario judicial día y hora para dentro de los diez siguientes a la conclusión del trámite de impugnación. (art. 560 LEC).

## **6. LA INFRACCIÓN DE NORMAS EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN**

Como corolario de las cuestiones incidentales que puedan plantearse en el curso de la ejecución y del tratamiento que habría que dar a las mismas, el art. 562 LEC prevé que:

1. Con independencia de la oposición a la ejecución por el ejecutado según lo dispuesto en los artículos anteriores, todas las personas a que se refiere el art. 538 podrán denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución:

- a. Por medio del recurso de reposición establecido en la presente ley si la infracción constara o se cometiera en resolución del tribunal de la ejecución o del Secretario judicial..
- b. Por medio del recurso de apelación en los casos en que expresamente se prevea en esta Ley
- c. Mediante escrito dirigido al tribunal si no existiera resolución expresa frente a la que recurrir. En el escrito se expresará con claridad la resolución o actuación que se pretende para remediar la infracción alegada.

2. Si se alegase que la infracción entraña nulidad de actuaciones o el tribunal lo estimase así, se estará a lo dispuesto en los artículos 225 y siguientes. Como novedad introducida tras la reforma, y para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y respecto al ejercicio exclusivo de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) cuando dicha nulidad hubiera sido alegada ante el secretario judicial o éste entendiere que hay causa para declararla, dará cuenta al tribunal que autorizó la ejecución para que resuelva sobre ello.

## **7. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN**

Con carácter general se proclama que sólo se suspenderá el curso de una ejecución en los casos en que la Ley lo ordene de modo expreso, o cuando así lo





acuerden todas las partes personadas en la ejecución. No obstante, decretada la suspensión, podrán adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados.

En situaciones concursales el art. 568 LEC, tras señalar que no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al tribunal que el demandado se halla en situación de concurso, continúa diciendo que el secretario judicial decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.

Además, el inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

Por último, y como novedad que merece ser destacada, apunta que si existieran varios demandados y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en situación de concurso, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.

## 8. LAS TERCERÍAS

Las tercerías de dominio y de mejor derecho constituyen también incidentes que con cierta asiduidad se plantean en el curso de la ejecución. Como medida de prevención establece el art. 593.2 LEC que cuando por percepción directa o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el secretario judicial tuviera motivos racionales para entender que los bienes que se propone trabar pueden pertenecer a un tercero, se hará saber a éste la inminencia de la traba. Si no diere razones, el secretario judicial dictará decreto mandando trabar los bienes, a no ser que las partes, dentro del mismo plazo concedido al tercero, hayan manifestado su conformidad en que no se realice el embargo. Si, por el contrario, el tercero se opusiere razonadamente al embargo aportando, en su caso, los documentos que justifiquen su derecho, el secretario judicial, previo traslado a las partes por plazo común de cinco días, remitirá los autos al tribunal para que resuelva lo que proceda.

La tercería de dominio se interpondrá ante el secretario judicial responsable de la ejecución y se resolverá por auto del tribunal que dictó la orden general y despacho de la misma, sustanciándose por los trámites previstos para el juicio ordinario.

El artículo 598 LEC dispone que para la admisión a trámite de la tercería de dominio seguirá el mismo régimen que, con carácter general, se prevé para la admisión de la demanda en los procesos declarativos, es decir, que será por decisión del secretario judicial, salvo que estime que la misma no proceda, en cuyo caso dará cuanta al juez o tribunal que despachó ejecución para que resuelva. Admitida la demanda se suspenderá la ejecución respecto del bien a que se refiera, suspensión que podrá quedar condicionada a que el tercerista preste caución por los daños y perjuicios que pudiera producir al acreedor ejecutante.

Por lo que respecta a la tercería de mejor derecho, también ésta será interpuesta ante el secretario judicial responsable de la ejecución y será resuelta por el tribunal que





dictó la orden general y despacho de la misma, sustanciándose por los trámites previstos para el juicio ordinario. La admisión a trámite no se suspenderá la ejecución, continuando la misma hasta realizar los bienes embargados, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería.

Será siempre parte el acreedor ejecutante y podrá intervenir el deudor ejecutado, a quien se notificará en todo caso la admisión a trámite de la demanda. Dependiendo de la contestación del acreedor ejecutante a la demanda de tercería la misma podrá terminar por auto, si éste se allana; por decreto si, notificada la demanda de tercería, el ejecutante desistiese de la ejecución; o por sentencia, en los demás casos.

## **V. ESPECIALIDADES PROCESALES EN MATERIA DE EJECUCIÓN**

### **1. LA ENTREGA DIRECTA DE RETENCIONES PERIÓDICAS AL ACREEDOR**

Es habitual que la ejecución forzosa de condenas pecuniarias se lleve a cabo mediante el pago en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del órgano judicial para su disposición en el proceso respectivo. No obstante, a través de la reforma operada por Ley 13/2009, se introduce un nuevo apartado 7 al art. 607 LEC, por el que se dispone que en los embargos de la parte proporcional de los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones, superiores al salario mínimo interprofesional, podrán ser entregadas las retenciones periódicas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el secretario judicial encargado de la ejecución.

En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al secretario judicial sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el secretario judicial.

### **2. ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DE JUICIOS DE DESAHUCIO**

También presenta notables peculiaridades el proceso de ejecución de sentencias dictada en procesos por demandas de desahucio fundado en la falta de pago de las rentas o cantidades debidas. Buena parte de los cambios introducidos en la norma que regula este tipo de juicios se deben a la reciente promulgación de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios.





En estos procesos, conforme al art. 437.3 LEC, podrá interesarse ya en la demanda que se tenga por solicitada la ejecución del lanzamiento en la fecha y hora que se fije por el Juzgado sin que, por ello, sea necesario reproducir esa misma pretensión.

Por otra parte, el art. 440.3 LEC expresa también que se apercibirá al demandado en la citación a juicio que si no comparece “se declarará el desahucio sin más trámites y que queda citado para recibir la notificación de la sentencia, el sexto día siguiente a contar del señalado para la vista”.

Pero todavía es mucho más significativo que en la propia resolución de admisión a trámite de la demanda ya “se fijará día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento”. Dicho lanzamiento deberá producirse antes de un mes desde la fecha de la vista. Por ello debe advertirse al demandado que, en caso de que la sentencia sea condenatoria y no se recurra, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada, y ello sin necesidad de notificación posterior.

Y, en previsión de que se acumulen los plazos, el art. 447.1 contempla que en los juicios de desahucio de finca urbana, la sentencia se dictará en los cinco días siguientes a la vista, convocándose en ese mismo acto a las partes ante la sede del tribunal para recibir la notificación, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia.

Con todo, y ante la eventualidad de que, tras dictarse una sentencia de condena por allanamiento a que se refieren los apartados 3 de los arts. 437 y 440, si no se verifique por el arrendatario el desalojo voluntario en el plazo señalado, se fijará con carácter subsidiario día y hora, dentro de los 15 días siguientes y sin otro trámite, en que tendrá lugar el lanzamiento directo del demandado.

### **3. ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN DE BIENES HIPOTECADOS**

Por lo que respecta a las peculiaridades de la ejecución sobre bienes hipotecados, merece la pena recordar que el requerimiento de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, se hará en el domicilio que resulte vigente en el Registro. Como novedad tras la reforma operada por Ley 13/2009 cabe señalar la inclusión de un apartado 3 en el art. 686 LEC que prevé que, una vez intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio indicado, se procederá a ordenar la publicación de edictos.

## **VI. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN**

Hasta la promulgación de la Ley 13/2009, el art. 570 LEC indicaba que la ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante. Ahora añade, además, que dicha terminación se acordará por decreto del secretario judicial, contra el cual podrá interponerse recurso directo de revisión.

Hay supuestos especialmente previstos en la LEC de terminación del proceso de ejecución que responden a esta misma sistemática. Así, el art. 583 LEC prevé que si el





ejecutado pagase en el acto del requerimiento o antes del despacho de la ejecución, el secretario judicial pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del ejecutante, y entregará al ejecutado justificante del pago realizado. Como quiera que , salvo excepciones, aunque pague el deudor en el acto del requerimiento serán de su cargo todas las costas causadas, añade este precepto que una vez satisfechos intereses y costas, si se hubieren devengado, el secretario judicial dictará decreto dando por terminada la ejecución

Un supuesto excepcional de terminación del proceso de ejecución sin la plena satisfacción del crédito aparece previsto en el art. 693 LEC, aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses garantizados por hipoteca, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro.

En tal caso se prevé que podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro. El acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte.

Ahora bien, si el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de estas cantidades. En ninguno de estos casos se trata, en realidad, de liberar el bien con el pago de las cantidades adeudadas, sino de enervar el proceso de ejecución iniciado.

Así pues, hecho pago por el deudor en estas condiciones se tasarán las costas que, también como novedad introducida por la reforma, se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas e intereses vencidos, y, una vez satisfechas éstas, el secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.





## UNIDAD 4

### CAMBIOS EN LA TRAMITACIÓN RESULTANTES DE UNA NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE JUECES Y TRIBUNALES Y LOS SECRETARIOS JUDICIALES (Y 3): LA VÍA DE APREMIO

Para terminar con los temas relativos a la ejecución, en esta unidad se tratan con detalle los cambios más significativos que la reforma ha supuesto en lo que respecta a la vía de apremio. Se abre la unidad con un repaso a las medidas de aseguramiento de los bienes y derechos embargados, para pasar a continuación a los aspectos que configuran el procedimiento para valoración de los bienes embargados. Por último, se detallan las distintas vías previstas en la normativa procesal para la realización de los bienes embargados, dedicando una especial atención a la subasta.

#### ÍNDICE

---

<b>I. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO .....</b>	<b>108</b>
1. Garantías del embargo de dinero, efectos públicos y financieros.....	108
2. Garantías del embargo de bienes muebles (depósito) .....	109
3. Garantías del embargo de bienes inmuebles .....	110
4. La administración judicial.....	110
<b>II. LA VALORACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS.....</b>	<b>111</b>
<b>III. LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS: FORMAS .....</b>	<b>112</b>
1. Entrega directa al ejecutante (art. 634 LEC) .....	112
2. Realización de acciones y otras formas de participación sociales (art. 635 LEC) .....	112
3. Convenio de realización aprobado por el secretario judicial (art. 640 LEC) .....	113
4. La administración para pago .....	114
5. Realización por persona o entidad especializada .....	115
6. La subasta.....	115





Con el epígrafe “del procedimiento de apremio” se abre el Capítulo IV del Título IV, relativo a la ejecución dineraria forzosa en la ley procesal civil. En dicho capítulo se contemplan una serie de actuaciones tendentes a la satisfacción del crédito del acreedor ejecutante mediante la realización de bienes afectos a compensar económicamente el perjuicio que les legitima en el ejercicio de su acción ejecutiva.

Las importantes novedades introducidas con la reforma de la legislación procesal a través de la Ley 13/2009 tienen un claro ejemplo en todo lo que respecta a la vía de apremio ya que, salvo en aspectos muy puntuales, a pasado de ser competencia de jueces y magistrados a serlo, casi en exclusiva, del secretario judicial.

## **I. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO**

Aunque no constituyen, en puridad, inicio de la vía de apremio, es conveniente resaltar aquí alguna de las novedades introducidas con la reforma en lo que respecta a las medidas de aseguramiento de bienes y derechos embargados.

Así, nos referiremos a las garantías del embargo de dinero, efectos públicos y financieros; de los bienes muebles; de los inmuebles; y finalmente de la administración judicial.

### **1. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE DINERO, EFECTOS PÚBLICOS Y FINANCIEROS**

Como novedad se prevé en el art. 621.2 LEC que cuando se embargaren saldos favorables en cuentas de cualquier clase abiertas en entidades de crédito, ahorro o financiación, el secretario judicial responsable de la ejecución, envíe a la entidad orden de retención de las concretas cantidades que sean embargadas, y que deberá fijar en ese momento, o haber determinado ya como límite máximo a que se refiere el apartado segundo del artículo 588.

Además se prevé ahora que esta orden pueda ser diligenciada por el procurador de la parte ejecutante.

Mejoran también las garantías de efectividad de esta medida al disponer ahora ese mismo precepto que la entidad requerida deberá cumplimentar la orden en el mismo momento de su presentación, expidiendo recibo acreditativo de la recepción de la misma en el que hará constar las cantidades que el ejecutado, en ese instante, dispusiere en tal entidad. Dicho recibo se entregará en ese acto al procurador de la parte ejecutante que haya asumido su diligenciamiento; de no ser así, se remitirá directamente al órgano de la ejecución por el medio más rápido posible.

Una novedad también significativa es la que contempla el embargo de sueldos, pensiones u otras prestaciones periódicas y que, conforme al número 7 del art. 607 LEC, podrán ser entregadas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el secretario judicial encargado de la ejecución, en cuyo caso deberán informar trimestralmente de la retención a éste tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante. En otro





caso, se ordenará a la persona, entidad u oficina pagadora que los retenga a disposición del tribunal y los transfiera a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

## 2. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE BIENES MUEBLES (DEPÓSITO)

En el caso de embargo de bienes muebles, conforme a lo dispuesto en el art. 624 LEC, en el acta de la diligencia de embargo se incluirán con descripción, lo más detallada posible, de su forma y aspecto, características principales, estado de uso y conservación, así como la clara existencia de defectos o taras que pudieran influir en una disminución de su valor, utilizando, si fuera necesario, los medios de documentación gráfica o visual de que la oficina judicial disponga o le facilite cualquiera de las partes para su mejor identificación.

Las facultades de nombramiento y remoción del depositario se han trasladado del juez o tribunal al secretario judicial responsable de la ejecución quien, habitualmente, nombrará depositario de los bienes embargados al acreedor ejecutante o bien, oyendo a éste, a un tercero, sin embargo, y conforme al art. 626 LEC, se prevé también que:

- si los bienes muebles embargados estuvieran en poder de un tercero, se le requerirá mediante decreto para que los conserve a disposición del tribunal y se le nombrará depositario judicial, salvo que el secretario judicial motivadamente resuelva otra cosa; o bien que
- se nombre depositario al ejecutado si viniere destinando los bienes embargados a una actividad productiva o si resultaran de difícil o costoso transporte o almacenamiento.

El nombramiento como depositario puede recaer también en los Colegios de Procuradores del lugar en que se siga la ejecución, siempre que éstos dispongan de un servicio adecuado para asumir las responsabilidades legalmente establecidas para el depositario. Una interesante novedad introducida con la reforma es que en caso de ser nombrado depositario el Colegio, éste quedaría facultado para proceder a la localización, gestión y depósito de los bienes a cuyo fin le será expedida la credencial necesaria.

Conforme al art. 628 LEC, si el depositario fuera persona ajena al proceso tendrá derecho al reembolso de los gastos ocasionados por el transporte, conservación, custodia, exhibición y administración de los bienes, e incluso pueden acordarse por el secretario judicial encargado de la ejecución, mediante diligencia de ordenación, el adelanto de alguna cantidad por el ejecutante. También en el supuesto de que las cosas se depositen en entidad o establecimiento adecuados, por cuya cometido sea exigible algún tipo de contraprestación, se prevé que el secretario judicial fije, mediante diligencia de ordenación, una remuneración acorde con las tarifas y precios usuales. En tales casos, el ejecutante habrá de hacerse cargo de esta remuneración, sin perjuicio de su derecho al reintegro en concepto de costas.

Como medidas de prevención especiales, cuando el procedimiento tenga por objeto deudas garantizadas por prenda o hipoteca de vehículos de motor, se prevé que





el secretario judicial mande que los bienes pignorados o los vehículos hipotecados se depositen en poder del acreedor o de la persona que éste designe (art. 687 LEC). Así, los vehículos depositados se precintarán y no podrán ser utilizados, salvo que ello no fuere posible por disposiciones especiales, en cuyo caso el secretario judicial nombrará un interventor. Este depósito se acordará mediante decreto si se hubiere requerido extrajudicialmente de pago al deudor ya que, en otro caso, se ordenará requerir de pago al deudor y si no atendiera el requerimiento, será cuando se mande constituir el depósito.

### 3. GARANTÍAS DEL EMBARGO DE BIENES INMUEBLES

El art. 629 LEC prevé que cuando el embargo recaiga sobre bienes inmuebles u otros bienes o derechos susceptibles de inscripción registral, el secretario judicial encargado de la ejecución, a instancia del ejecutante, libraré mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad o anotación de equivalente eficacia en el registro que corresponda. El embargo habrá sido decretado por el secretario judicial y no por el juez o tribunal, como hasta ahora, razón por la cual el mandamiento sólo contendrá la firma de aquél, sin que tenga sentido la exigencia demandada por algunos Registradores de que también el titular del órgano judicial debía firmar este despacho.

### 4. LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Procede en los siguientes casos (art. 630 LEC):

1. Cuando se embargue alguna empresa o grupo de empresas o cuando se embargaren acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación.

2. Si la finalidad pretendida es la garantía del embargo de frutos y rentas en alguno de estos casos:

- cuando la naturaleza de los bienes y derechos productivos, la importancia de los intereses, las rentas o los frutos embargados o las circunstancias en que se encuentre el ejecutado razonablemente lo aconsejen.
- cuando se comprobare que la entidad pagadora o perceptora o, en su caso, el mismo ejecutado, no cumplen la orden de retención o ingreso de los frutos y rentas que le hubiera sido cursada.

El procedimiento para la constitución de la administración viene previsto en el art. 631 LEC, que dispone los siguientes pasos:

1. Se cita de comparecencia ante el secretario judicial encargado de la ejecución a las partes y, en su caso, a los administradores de las sociedades, cuando éstas no sean la parte ejecutada, así como a los socios o partícipes cuyas acciones o participaciones no





se hayan embargado, a fin de que lleguen a un acuerdo o efectúen las alegaciones y prueba oportunas sobre el nombramiento de administrador, persona que deba desempeñar tal cargo, exigencia o no de caución, forma de actuación, mantenimiento o no de la administración preexistente, rendición de cuentas y retribución procedente.

2. A los interesados que no comparecen injustificadamente se les tiene por conformes con lo acordado por los comparecientes.

3. Si existe acuerdo, el secretario judicial establecerá por medio de decreto los términos de la administración judicial en consonancia con el acuerdo.

4. Si no existe acuerdo, para la resolución de los extremos en que no exista acuerdo o medie oposición de alguna de las partes, si pretendieren practicar prueba, se les convocará a comparecencia ante el tribunal que dictó la orden general de ejecución, que resolverá, mediante auto, lo que estime procedente sobre la administración judicial. Si no se pretendiese la práctica de prueba, se pasarán las actuaciones al tribunal para que directamente resuelva lo procedente.

## II. LA VALORACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS

Con ella se inicia, prácticamente, la vía de apremio. Salvo la entrega directa al ejecutante de los bienes descritos en el art. 634 LEC (dinero en efectivo, saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición, divisas convertibles, etc.) en que la misma se realizará, como es lógico, por el valor nominal de los efectos, cualquier otra de realización de los bienes pasa por su tasación previa a fin de determinar hasta donde puede alcanzarse con ella la satisfacción del crédito del actor.

El avalúo se realiza por peritos designados al efecto, cuyo procedimiento para el nombramiento, aceptación e intervención, o incluso su eventual recusación vienen establecidos en los arts. 638 y 639 LEC.

La designación de perito tasador corresponde hacerla al secretario judicial. Otra de las novedades que presenta la regulación de su actividad se encuentra prevista en el art. 638.3, que contempla que el perito pueda solicitar, en los tres días siguientes a su nombramiento, la provisión de fondos que considere necesaria, y que será a cuenta de la liquidación final.

A la vista de la solicitud, el secretario judicial decidirá sobre la provisión interesada y previo abono de la misma el perito emitirá dictamen.

Aceptado el nombramiento, el perito entregará la valoración de los bienes embargados en el plazo de ocho días a contar desde la aceptación del encargo, si bien el secretario judicial podrá ampliar este plazo mediante decreto, en función de la cuantía o complejidad de la valoración.

La tasación debe hacerse por el valor de mercado de los bienes o derechos, sin que deban tenerse en cuenta, en caso de bienes inmuebles, las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos. Entregada la valoración, las partes podrán presentar alegaciones a dicha valoración en el plazo de cinco días, así como informes, suscritos por perito





tasador, en los que se exprese la valoración económica del bien o bienes objeto del avalúo. En tal caso, el secretario judicial determinará la valoración definitiva a efectos de la ejecución mediante decreto que será susceptible de recurso directo de revisión ante el tribunal que dictó la orden general de ejecución.

### **III. LA REALIZACIÓN DE LOS BIENES EMBARGADOS: FORMAS**

#### **1. ENTREGA DIRECTA AL EJECUTANTE (ART. 634 LEC)**

El secretario judicial responsable de la ejecución entregará directamente al ejecutante, por su valor nominal, los bienes embargados que sean:

- Dinero efectivo.
- Saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición.
- Divisas convertibles, previa conversión, en su caso.
- Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal.

Cuando se trate de saldos favorables en cuenta, con vencimiento diferido, el propio secretario judicial adoptará las medidas oportunas para lograr su cobro, pudiendo designar un administrador cuando fuere conveniente o necesario para su realización.

Merece la pena destacar que en la ejecución de sentencias que condenen al pago de las cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, si el ejecutante lo solicita, el secretario judicial le hará entrega inmediata del bien o bienes muebles vendidos o financiados a plazos por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato.

#### **2. REALIZACIÓN DE ACCIONES Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN SOCIALES (ART. 635 LEC)**

Si los bienes embargados fueren acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en mercado secundario, el secretario judicial ordenará que se enajenen con arreglo a las leyes que rigen estos mercados, y lo mismo se hará si el bien embargado cotiza en cualquier mercado reglado o puede acceder a un mercado con precio oficial.

En otro caso, es decir, si fueren acciones o participaciones societarias de cualquier clase que no coticen en Bolsa, la realización se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, a los derechos de adquisición preferente.

A falta de disposiciones especiales, la realización se hará a través de notario o corredor de comercio colegiado.





### **3. CONVENIO DE REALIZACIÓN APROBADO POR EL SECRETARIO JUDICIAL (ART. 640 LEC)**

Con el cambio de denominación de esta institución se ha trasladado la competencia para aprobar el convenio de realización suscrito por las partes desde el tribunal al secretario judicial responsable de la ejecución. Así pues, el ejecutante, el ejecutado o quien acredite interés directo en la ejecución podrán pedir al secretario judicial que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes hipotecados, pignorados o embargados, frente a los que se dirige la ejecución.

Si el ejecutante se mostrare conforme con la comparecencia y el secretario judicial no encontrare motivos razonables para denegarla, la acordará mediante diligencia de ordenación, sin suspensión de la ejecución, convocando a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieren estar interesados.

En la comparecencia, a la que podrán concurrir otras personas, por invitación de las partes, los asistentes podrán proponer cualquier forma de realización de los bienes sujetos a la ejecución y presentar a persona que, consignando o afianzando, se ofrezca a adquirir dichos bienes por un precio previsiblemente superior al que pudiera lograrse mediante la subasta judicial. También cabrá proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante.

Alcanzado un acuerdo entre ejecutante y ejecutado, que no pueda causar perjuicio para tercero, lo aprobará el secretario judicial mediante decreto y suspenderá la ejecución respecto del bien o bienes objeto del acuerdo. También aprobará el acuerdo, con el mismo efecto suspensivo, si incluyere la conformidad de los sujetos, distintos de ejecutante y ejecutado, a quienes afectare.

Cuando el convenio se refiera a bienes susceptibles de inscripción registral será necesaria, para su aprobación, la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.

Cuando se acredite el cumplimiento del acuerdo, el secretario judicial sobreseerá la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese. Si el acuerdo no se cumpliera dentro del plazo pactado o, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, podrá éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta, en la forma prevista en esta ley.

Si no se hubiere logrado el acuerdo, la comparecencia para intentarlo podrá repetirse, en las condiciones previstas en los dos primeros apartados de este artículo, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del secretario judicial, para la mejor realización de los bienes.





#### 4. LA ADMINISTRACIÓN PARA PAGO

Como ya vimos antes existe la posibilidad de constituir una administración judicial como medida de garantía para el embargo de empresas o de frutos y rentas, pero también prevé la LEC que se entreguen en administración todos o parte de los bienes embargados para, directamente, aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución.

Conforme a la nueva redacción dada al art. 676 LEC, es el secretario judicial responsable de la ejecución quien, mediante decreto, acordará la administración para pago cuando la naturaleza de los bienes así lo aconsejare y dispondrá que, previo inventario, se ponga al ejecutante en posesión de los bienes, y que se le dé a conocer a las personas que el mismo ejecutante designe. Si éste decidiera que la administración fuera realizada por terceras personas, el secretario fijará, mediante decreto y a costa del ejecutado, su retribución.

No obstante, antes de acordar la administración se dará audiencia a los posibles terceros titulares de derechos sobre el bien embargado inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante.

Además, secretario judicial podrá imponer multas coercitivas al ejecutado que impida o dificulte el ejercicio de las facultades del administrador.

El acreedor deberá rendir anualmente cuentas de la administración al secretario judicial. De las cuentas presentadas se dará vista al ejecutado, para que pueda formular alegaciones. Si así lo hiciere, se dará traslado de las mismas al ejecutante para que manifieste si está o no conforme con ellas.

A falta de acuerdo entre ambos, el secretario judicial los convocará a una comparecencia en la cual se admitirán las pruebas que se propusieren y se consideraren útiles y pertinentes, fijando para practicarlas el tiempo que se estime prudencial, que no podrá exceder de diez días. Una vez practicada, en su caso, la prueba admitida, el secretario judicial dictará decreto en el que resolverá lo procedente sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas. Contra dicho decreto cabrá recurso directo de revisión.

Salvo las controversias sobre rendición de cuentas, todas las demás cuestiones que puedan surgir entre el acreedor y el ejecutado, con motivo de la administración de las fincas embargadas, se sustanciarán por los trámites establecidos para el juicio verbal ante el tribunal que autorizó la ejecución.

No obstante todo lo anterior, si el ejecutante no lograre la satisfacción de su derecho mediante la administración, podrá pedir que el secretario judicial encargado de la ejecución ponga término a ésta y que, previa rendición de cuentas, proceda a la realización forzosa por otros medios.





## 5. REALIZACIÓN POR PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

Esta forma de realización tuvo una importante acogida cuando se introdujo en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por Ley 1/2000, si bien ha tenido una escasa aplicación, tal vez porque este tipo de personas o entidades no han superado en eficacia y rentabilidad a la tradicional forma de subasta judicial, mucho más barata y que cada vez se lleva a cabo en mejores condiciones que garantizan una mayor publicidad y un acceso más fácil a los interesados en tomar parte en ella.

Prevé, no obstante, la norma (art. 641 LEC) que, a petición del ejecutante o del ejecutado con consentimiento de aquél y cuando las características del bien embargado así lo aconsejen, el secretario judicial responsable de la ejecución pueda acordar, mediante diligencia de ordenación, que el bien lo realice persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes (o entidad especializada pública o privada) y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate. Cuando así se disponga, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subasta o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

Como novedad introducida con la Ley 13/2009, se prevé también que los Colegios de Procuradores puedan ser designados como entidad especializada en la subasta de bienes.

En el mismo art. 641 se dispone que la persona o entidad especializada encargada de la realización del bien deba prestar caución en la cuantía que el secretario judicial determine para responder del cumplimiento del encargo. Sin embargo, no se exigirá caución cuando la realización se encomiende a una entidad pública o a los Colegios de Procuradores.

El secretario convocará a una comparecencia a las partes y a los terceros cuyo interés en el proceso conste, tras la cual determinará por medio de decreto las condiciones en que deberá ejecutarse esta operación. En ningún caso podrá autorizar que la enajenación se realice por precio inferior al 70 por ciento del valor que se haya dado al inmueble con arreglo a lo previsto en el artículo 666 LEC, salvo que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia.

La realización deberá llevarse a cabo en el plazo de seis meses desde que hubiera recibido el encargo. Consumada la venta, por la persona o entidad encargada de la misma se ingresará su producto en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, tras descontar los gastos de la operación, que deberán ser aprobados por el secretario judicial antes de devolver la caución prestada.

## 6. LA SUBASTA

En el caso de inmuebles, con carácter previo al señalamiento de subasta son precisas algunas actuaciones tendentes a conocer la situación registral del bien, así como





cualquier otra circunstancia que pueda afectar a su valoración definitiva, como su situación posesoria.

Así, se prevé que el secretario judicial responsable de la ejecución libre mandamiento al Registrador para que remita al Juzgado certificación en la que consten los siguientes extremos:

1. La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.
2. Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas.

Obviamente, entre tales cargas deberá figurar la anotación preventiva de embargo practicada a instancias del ejecutante (art. 629 LEC) a la que nos hemos referido antes.

Por lo que respecta a la ejecución hipotecaria y sus peculiaridades, el art. 688 LEC dispone que el registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha y la existencia del procedimiento a que se refiere. Añade que en tanto no se cancele por mandamiento del secretario judicial dicha nota marginal, el registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución.

Por último dispone que si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el secretario judicial dictará decreto poniendo fin a la ejecución.

Otra de las novedades incluidas en la reforma contempla la posibilidad de que el procurador de la parte ejecutante, debidamente facultado por el secretario judicial y una vez anotado el embargo, pueda solicitar directamente del Registro tales certificaciones, cuya expedición será igualmente objeto de nota marginal (art. 656.3 LEC).

Se incluye ahora también la posibilidad de que el secretario judicial responsable de la ejecución se dirija de oficio a los titulares de los créditos anteriores que sean preferentes al que sirvió para el despacho de la ejecución, y también al propio ejecutado, para que informen sobre la subsistencia del crédito garantizado y su cuantía actual (art. 657.1 LEC). Antes se contemplaba la eventualidad de dirigirse sólo a los terceros acreedores registrales y para el caso de que lo solicitara al tribunal el ejecutante.

Además ha cambiado la regulación en orden al tratamiento de la información de las cargas extinguidas o aminoradas, ya que a resultas de la información facilitada por los titulares de créditos anteriores o preferentes al que fuere objeto de la ejecución, se abre un proceso en el que declarará el ejecutado. Si hubiera conformidad entre aquellos y éste sobre la subsistencia y cuantía de los créditos, el secretario judicial, a instancia del ejecutante, expedirá los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria (para hacer constar la cancelación total o parcial o de la nota marginal constitutiva de la carga o gravamen extinguida o aminorada). Por el contrario, si hubiera disconformidad entre el ejecutado y los terceros acreedores registrales el secretario judicial les convocará a una vista para ante el órgano que dictó la





orden general de ejecución, que deberá celebrarse dentro de los tres días siguientes, resolviéndose mediante auto, no susceptible de recurso, en los cinco días siguientes.

Además, se ha incluido ahora en la norma la previsión de que, si transcurren veinte días desde el requerimiento al ejecutado y a los acreedores sin que ninguno de ellos haya contestado, se entenderá que la carga se encuentra actualizada al momento del requerimiento en los términos fijados en el título preferente, aunque ello sólo a los efectos de la ejecución.

Por lo que respecta a la situación posesoria del inmueble debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el art. 661 LEC cuando por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el tribunal los títulos que justifiquen su situación. Conviene recordar que el ejecutante puede pedir, antes de anunciarse la subasta, que el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble una vez que éste se haya enajenado en la ejecución (art. 661.2 LEC).

De cualquier modo, en el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al secretario judicial responsable de la ejecución.

Conforme a lo previsto en el art. 666 LEC, los bienes inmuebles saldrán a subasta por el valor que resulte de deducir de su avalúo el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas. Esta operación se realiza por el secretario Judicial descontando del valor por el que ha sido tasado el inmueble el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o, en su caso, el que se haya hecho constar en el Registro con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 657.

Tras la reforma operada por Ley 13/2009, si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el secretario judicial dejará en suspenso la ejecución sobre ese bien (en la redacción anterior se disponía que el tribunal alzara el embargo).

En lo concerniente a la convocatoria, publicidad, requisitos para pujar y, en general, el desarrollo de la subasta no hay grandes diferencias de tramitación tras la Ley 13/2009, salvo por el hecho de que ahora será el secretario judicial quien, una vez fijado el justiprecio de los bienes muebles embargados, fije la fecha para la celebración de la subasta, con expresión de la hora y lugar en que haya de celebrarse. Además, si el secretario judicial lo juzga conveniente, y a instancia del ejecutante o del ejecutado, se dará a la subasta la publicidad que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar.





Cuando se trate de bienes inmuebles, la subasta se anunciará al menos con veinte días de antelación, debiéndose notificar el señalamiento al deudor, con la misma antelación, en su domicilio, que será el que conste en el título ejecutivo. En las ejecuciones hipotecarias, el domicilio del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor o tercero poseedor contra quien se hubiere dirigido la demanda, será el que resulte vigente en el Registro de la Propiedad donde se halle inscrita la hipoteca, por lo que se practicará en él la notificación si fue hallado en él al practicar el requerimiento. Como novedad, si no se hubiere localizado entonces se le hará el anuncio por edictos (art. 691.2 LEC).

Por lo demás, la nueva redacción del art. 649.2 LEC establece que el secretario judicial anunciará el bien o lote de bienes que se subasta y las sucesivas posturas que se produzcan. Como novedad dispone también que, de existir medios técnicos y con el objeto de lograr la mejor realización, en el acto de la subasta podrán, bajo la dirección de aquél, realizarse pujas electrónicas.

Por último, y por lo que respecta a las facultades de cesión del remate a un tercero, sigue reservada esa posibilidad sólo al ejecutante, estableciéndose que la cesión se verificará mediante comparecencia ante el secretario judicial responsable de la ejecución, con asistencia del cesionario, quien deberá aceptarla, y todo ello previa o simultáneamente al pago del precio del remate, añadiéndose a continuación que dicho pago, sobre todo si ha sido previo, deberá hacerse constar documentalmente.

La aprobación del remate corresponde ahora al secretario judicial cuando la mejor postura ofrecida en la subasta supere el porcentaje previsto en la ley respecto del avalúo del bien (50 por cien para el caso de los bienes muebles y 70 por ciento en los inmuebles). En caso de no superar la mayor de las posturas ese porcentaje, también corresponde al secretario, a instancias del ejecutante, adjudicar al mismo los bienes por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura. Cuando el acreedor no hiciera uso de esa facultad el secretario judicial procederá al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado.

Incluso si la mejor postura no cumpliera estos requisitos (es decir, si fuese inferior a tales cantidades), los arts. 650 y 670 LEC prevén que el secretario judicial responsable de la ejecución, oídas las partes, pueda decidir la aprobación del remate atendidas las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor. En este caso, contra el decreto que apruebe el remate cabe recurso directo de revisión ante el tribunal que dictó la orden general de ejecución.

Aprobado el remate y consignada, cuando proceda, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio,





así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria.

Conforme a la nueva regulación el secretario judicial devolverá las cantidades depositadas a todos los licitadores, a excepción del mejor postor, una vez finalizado el acto de la subasta, y no en el momento de la aprobación del remate, como se decía antes.

Por el secretario judicial se destinarán las sumas obtenidas en la subasta al pago del principal reclamado en la ejecución, más los intereses y costas tasadas. El remanente, si lo hubiere (salvo que se hubiera ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal) se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, y sólo si, una vez satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará éste al ejecutado o al tercer poseedor.

También se han producido novedades en el procedimiento para distribución del sobrante obtenido en una subasta. Así, conforme al art. 672.2 LEC, el secretario judicial encargado de la ejecución requerirá a los titulares de créditos posteriores para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos.

A continuación, dará traslado a las partes de las liquidaciones presentadas para que aleguen lo que a su derecho convenga y aporten la prueba documental de que dispongan en el plazo de diez días. Transcurrido dicho plazo, el secretario judicial resolverá por medio de decreto recurrible lo que proceda, a los solos efectos de distribución de las sumas recaudadas en la ejecución y dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda. El decreto será recurrible solo en reposición y estarán legitimados para su interposición los terceros acreedores que hubieren presentado liquidación.

Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el secretario judicial, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria (art. 674 LEC).

También mandará el secretario judicial la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las que se hubieran verificado después de expedida la certificación prevenida en el artículo 656, haciéndose constar en el mismo mandamiento que el valor de lo vendido o adjudicado fue igual o inferior al importe total del crédito del actor y, en el caso de haberlo superado, que se retuvo el remanente a disposición de los interesados.





Por lo que respecta a la posesión judicial del inmueble y actuaciones ante la posible ocupación del mismo, dispone el art. 675 LEC reformado que si el adquirente solicita la posesión y el inmueble estuviera ocupado, el secretario judicial acordará de inmediato el lanzamiento cuando el tribunal haya resuelto, con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 661 que ya hemos visto, que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en él.

Si no se hubiera procedido previamente con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 661, y el inmueble estuviere ocupado el adquirente podrá pedir al tribunal de la ejecución el lanzamiento de quienes, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 661, puedan considerarse ocupantes de mero hecho o sin título suficiente.

La petición de lanzamiento deberá efectuarse en el plazo de un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario, transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda. Hecha la petición se notificará a los ocupantes indicados por el adquirente, con citación a una vista que señalará el secretario judicial dentro del plazo de diez días, en la que podrán alegar y probar lo que consideren oportuno respecto de su situación. El tribunal, por medio de auto, sin ulterior recurso, resolverá sobre el lanzamiento, que decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecieren sin justa causa.





## UNIDAD 5

### LA REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Esta unidad tiene por objeto exponer brevemente las reformas operadas por la Ley 13/2009, de reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial, en la regulación del proceso penal. La exposición abarcará, de un lado, las modificaciones organizativas que, siguiendo los principios de la nueva oficina judicial, distribuyen más claramente tareas y responsabilidades entre el juez y el secretario judicial. De otro lado, se repasarán las principales modificaciones sustantivas en el proceso penal.

#### ÍNDICE

<b>I. COMUNICACIÓN Y GESTIÓN PROCESAL .....</b>	<b>122</b>
1. Actos de comunicación.....	122
2. Gestión y tramitación procesal.....	123
3. Recursos .....	124
4. Diligencias ante otras Administraciones .....	124
5. Comunicaciones con los colegios de abogados y procuradores .....	124
<b>II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO EN EL PROCESO PENAL.....</b>	<b>125</b>
1. Deber de información a la víctima u ofendido .....	125
2. Efectos del delito y otros objetos incorporados a la causa .....	125
3. Señalamiento de vistas .....	125
4. Designación de ponente por turno.....	126
5. Otras atribuciones.....	126
<b>III. ATRIBUCIONES VINCULADAS A LA FE PÚBLICA .....</b>	<b>126</b>
1. Consignación de declaraciones.....	126
2. Fe pública de las sentencias.....	126
3. Grabación de las vistas y presencia en sala.....	127
4. Competencias del juez .....	127
<b>IV. EJECUCIONES Y EMBARGOS.....</b>	<b>127</b>
1. Ejecuciones .....	127
2. Fianzas y embargos .....	128
<b>V. RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS Y RECURSOS .....</b>	<b>128</b>
1. Regulación de las resoluciones de los secretarios .....	128
2. Recursos contra las resoluciones de los secretarios .....	128
<b>VI. MEJORAS TÉCNICAS.....</b>	<b>129</b>
1. Mejoras técnicas .....	129
2. Actualizaciones lingüísticas .....	129
<b>VII. MEJORAS PROCESALES.....</b>	<b>130</b>





La modificación de la legislación procesal efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial afecta también, aunque en menor medida, al proceso penal. Como explica la propia exposición de motivos de la norma citada, *“la obsolescencia de las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha obligado a realizar una reforma solamente parcial en materia de Oficina judicial a la espera de que se produzca la revisión completa de esta Ley para dar luz a una de nuevo cuño”*. En efecto, los cambios en la norma que regula el proceso penal han sido comparativamente menos y con un efecto más limitado en materia de organización interna de los órganos judiciales penales.

No obstante, sí se han introducido modificaciones para ajustar en lo posible la regulación a la nueva filosofía organizativa de la Administración de Justicia. Siguiendo el principio de mejorar el reparto de funciones, la Ley 13/2009 acomete una serie de reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) para delimitar mejor el reparto de tareas entre la figura de secretario judicial y la de juez. Se avanza así por la senda de la especialización de tareas y de la reestructuración más eficiente del trabajo. Por tanto, también en el ámbito penal se potencia la figura de los secretarios judiciales, quienes como auténticos directores de la oficina judicial, cobran un papel más activo en el impulso de los procedimientos.

En este punto cabe destacar que se ha introducido una reforma para reforzar el impulso de oficio en la tramitación de las ejecutorias penales, con la finalidad de agilizar el trámite para obtener una respuesta satisfactoria a las legítimas expectativas sociales de hacer cumplir las penas y la satisfacción de los perjudicados u ofendidos por el delito.

Igualmente, de conformidad que el espíritu de agilización y mejora de las prácticas procesales que también inspiran la norma, se han corregido algunas deficiencias, realizado mejoras técnicas o clarificado aspectos procesales sustantivos. En particular se ha puesto especial atención en aclarar preceptos oscuros o poco desarrollados y en sustituir expresiones arcaicas o desfasadas por otras más actuales. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la reforma procesal sustantiva ha sido mínima, como se comentaba al principio, en previsión de que pronto concluyan los trabajos de elaboración de una nueva LECrim.

## I. COMUNICACIÓN Y GESTIÓN PROCESAL

### 1. ACTOS DE COMUNICACIÓN

Uno de los pilares de la reforma es la concentración de la gestión procesal en servicios comunes, lo que permitirá racionalizar el trabajo de los empleados públicos y mejorar el rendimiento y la calidad del servicio, con lo que se favorece la mejor satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, se modifica el artículo 166 para establecer el principio de que los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del secretario judicial. A partir de ahí, la Ley 13/2009 modifica una buena cantidad de artículos para determinar con





claridad que es competencia del secretario judicial y su equipo comunicar a las partes y demás personas interesadas las distintas incidencias del proceso: citaciones, señalamientos, diligencias de investigación, etc.

Con el mismo sentido, se encomiendan al secretario distintas tareas de información al Ministerio Fiscal. Por ejemplo, la reforma del art. 646 le encarga la misión de remitir al fiscal testimonio especial de las providencias y autos apelables, o que se refieran a diligencias periciales o de reconocimiento que le interese conocer, misión que antes se encomendaba al juez. También será tarea del secretario la comunicación al Fiscal de la incoación de procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado.

## 2. GESTIÓN Y TRAMITACIÓN PROCESAL

En el mismo sentido de racionalizar los recursos disponibles, otra idea inspiradora de la reforma ha sido la de concretar las competencias procesales del cuerpo de secretarios judiciales, de modo que salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se ha procurado atribuir las competencias de gestión y tramitación procesal al secretario judicial.

En la mayor parte de los casos, lo que la norma hace es recoger algo que viene siendo práctica habitual en los órganos judiciales, el hecho de que son tareas que rara vez son objeto de control y decisión directa por parte del Juez, y aclarar así los correspondientes preceptos para especificar que la competencia será ahora del secretario. Ese es el caso de la mayoría de las modificaciones relativas al traslado de expedientes al Ministerio Fiscal y al resto de las partes en el proceso para las distintas fases procesales. Se determina en definitiva que el impulso del proceso corresponde al secretario judicial.

Así en las fases de conclusión de sumario, en la de calificación del delito, en los recursos tanto en el proceso ordinario como en el abreviado, etc., el secretario judicial es el encargado de remitir la causa al Ministerio Fiscal y al resto de las partes personadas para informe. Igualmente, es el secretario el responsable de remitir la causa, cuando corresponda, a otro órgano judicial o de recabar información de otras Administraciones públicas.

Un buen ejemplo es la modificación del art. 651 parr. 1º para encomendar al secretario la función de comunicar al fiscal y acusador privado la causa para su calificación provisional. Igualmente le corresponde, devuelta la causa por el fiscal, pasarla al acusador particular a los mismos efectos. También se reforma el 652 respecto de los procesados y terceros responsables civiles, a efectos de escrito de calificación y le corresponde interesar designación de Abogado y Procurador, si no lo tuvieren. Presentados los escritos de calificación o recogida la causa del último que la tuviere, se atribuye al secretario judicial el dictado de diligencia teniendo por hecha la calificación y pasando la causa al ponente para el examen de las pruebas propuestas.





En cuanto a las remisiones entre órganos judiciales, cabe citar la reforma operada en diversos artículos del capítulo II relativo a las cuestiones de competencias. Así, el secretario pasa a ser competente para remitir la causa al tribunal que resulte competente y para recibir y dar traslado a la fiscalía y demás partes de las inhibitorias.

### 3. RECURSOS

En cuanto a los recursos, también es el secretario el responsable de dar traslado al resto de las partes de los presentados y de los escritos de contestación. Igualmente, es el secretario el encargado de remitir la causa al órgano *ad quem*.

En este ámbito, sin embargo, hay que destacar que al secretario del órgano superior se le encomienda la facultad de declarar desierto el recurso (de apelación, queja, casación o el que corresponda) si el recurrente no comparece en plazo y si comparece la de darle vista de los autos a las partes y señalar día para la vista.

### 4. DILIGENCIAS ANTE OTRAS ADMINISTRACIONES

También el secretario será el encargado de las comunicaciones con otras Administraciones del Estado, una tarea que tiene especiales manifestaciones en el ámbito penal, en la medida en que le encomiendan labores de importancia significativa para la instrucción de los delitos.

Por ejemplo, en casos de falsificación, será el secretario quien reclame los documentos existentes en las dependencias del Estado. Igualmente, para acreditar la edad de los procesados, el secretario traerá al sumario las partidas de bautismo o certificaciones registrales correspondientes.

En el caso de privación provisional del permiso de conducir durante la tramitación del sumario, el nuevo art. 529 bis encarga al secretario judicial que lo comunique al organismo administrativo que lo haya expedido.

También se encarga al secretario la averiguación de domicilios. A esos efectos el art. 432 faculta al secretario para remitir oficios a la Policía Judicial, Registros oficiales, etc., en su averiguación.

Por último, hay que destacar en este apartado que la nueva regulación de las requisitorias atribuye un importante papel al secretario judicial. Así, se reforma el art. 512 para permitir a ese funcionario expedir los oficios oportunos para la búsqueda por requisitorias.

### 5. COMUNICACIONES CON LOS COLEGIOS DE ABOGADOS Y PROCURADORES

Corresponde también al secretario interesar cuando corresponda el nombramiento de abogado y procurador de oficio. Igualmente, en casos de inasistencia injustificada de los defensores, deberá el secretario comunicarlo al colegio a efectos de responsabilidad disciplinaria.





## II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO EN EL PROCESO PENAL

### 1. DEBER DE INFORMACIÓN A LA VÍCTIMA U OFENDIDO

Hay que destacar también, por su relevancia, las modificaciones de la LECrim mediante las que se atribuye expresamente al secretario judicial la función de instrucción de sus derechos al ofendido por el delito. Se sigue así la línea establecida por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, que establecía en el artículo 776 el deber del secretario judicial de informar en la primera comparecencia al perjudicado y ofendido de sus derechos.

Ahora se ha estimado pertinente modificar el artículo 761 y dar nueva redacción al artículo 109 al objeto de concordar su redacción. Parece adecuado, por tanto, que una vez incoado el procedimiento penal sea el secretario quien informe de sus derechos a la víctima o al perjudicado. También se atribuye al Secretario judicial la obligación de informar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de los derechos que les asisten según la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, así como a las víctimas de delitos de terrorismo.

### 2. EFECTOS DEL DELITO Y OTROS OBJETOS INCORPORADOS A LA CAUSA

En cuanto a los objetos del delito, se especifica que es el juez el responsable de los mismos, pero compete al secretario extender la diligencia correspondiente. También será el secretario el encargado de las diligencias de valoración y, en su caso, de poner los objetos a disposición del perito. La misma regulación se extiende a la destrucción de los objetos.

Destaca en este sentido que en determinadas diligencias, como por ejemplo la del 586, que regula la apertura de correspondencia, la rúbrica de los sobres y las hojas, se le haya atribuido la competencia al secretario judicial. Así mismo, se encomienda al secretario judicial la conservación, una responsabilidad atribuida anteriormente al juez.

Será el secretario judicial el que, al entregar la causa, disponga lo necesario para que las partes puedan examinar los libros, papeles, objetos etc. Así mismo será su responsabilidad, en virtud de la nueva redacción del art. 688 velar por que el día señalado para el comienzo de las sesiones del juicio se encuentren en el local del órgano judicial las piezas de convicción.

### 3. SEÑALAMIENTO DE VISTAS

La reforma introduce también un nuevo sistema de señalamiento de juicios, más ágil, que permite un mejor aprovechamiento de los recursos y que delimita claramente las responsabilidades. El señalamiento se verificará teniendo en cuenta siempre los





criterios que el juez o magistrado indique a los secretarios judiciales en lo concerniente tanto a su organización general del trabajo como a la duración aproximada de la vista en concreto.

Conforme a estos criterios generales y a las instrucciones concretas, el secretario judicial establecerá la fecha y hora de las vistas o trámites y lo hará desde un servicio centralizado y gestionando una "agenda programada" de señalamientos.

Esta facultad ya la venían ejerciendo los secretarios judiciales en relación con los llamados "juicios rápidos" y ahora se opta por extenderlo a todos los procedimientos. Se incluye también la previsión específica de que en caso de suspensión, se encomienda al secretario el señalamiento de día para el nuevo juicio.

#### **4. DESIGNACIÓN DE PONENTE POR TURNO**

Se introducen las modificaciones oportunas para que los secretarios de los órganos colegiados puedan designar por sí mismos al magistrado ponente que por turno corresponda, dándole directamente traslado de la causa.

#### **5. OTRAS ATRIBUCIONES**

Además de las arriba mencionadas se le atribuyen a secretario judicial otras funciones. Entre ellas cabe destacar la obligación de comunicar a la fiscalía y al presidente de la Audiencia Provincial la perpetración de un delito y la formación de sumario; extender los partes de estado semanales cuando el sumario concluya en el plazo de un mes, en lugar del juez; fijar la indemnización a que tengan derecho los testigos que la reclamaren; o el traslado de los autos a las partes para instrucción.

### **III. ATRIBUCIONES VINCULADAS A LA FE PÚBLICA**

#### **1. CONSIGNACIÓN DE DECLARACIONES**

El secretario también consignará las declaraciones del procesado y de los testigos si no las dictasen ellos mismos (arts. 397 y 437), tanto en sus declaraciones durante la instrucción sumarial como en la prueba testifical anticipada, que es objeto de una regulación más detallada.

#### **2. FE PÚBLICA DE LAS SENTENCIAS**

Se atribuye al Secretario judicial la responsabilidad y custodia del libro de sentencias, en el que se incluirán también los autos de igual carácter y los votos particulares. Igualmente y en correspondencia con esa previsión, se atribuye expresamente al secretario la expedición del testimonio de la sentencia (con los votos particulares) o autos.





### 3. GRABACIÓN DE LAS VISTAS Y PRESENCIA EN SALA

Otro importante objetivo de la reforma es el reforzamiento de las garantías del justiciable. Para la consecución de este objetivo se introduce en la Ley de Enjuiciamiento Criminal la grabación de las vistas de modo generalizado, responsabilidad que compete también al secretario judicial en cuanto que fedatario público.

De conformidad con esta modificación, se suprimen las referencias al secretario judicial en la regulación de la celebración del juicio oral y, cuando resulta oportuno, se sustituye por referencias al soporte de la grabación de sonido e imagen.

Siempre que se cuente con los medios adecuados, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante firma electrónica u otro sistema de seguridad. En este caso no será necesario que el secretario judicial esté presente en la sala para la celebración del acto, salvo que lo soliciten las partes al menos dos días antes de la vista o excepcionalmente lo considere necesario el propio secretario. En este caso sí que extenderá acta sucinta. También en el caso de que no se disponga de los medios oportunos, el secretario levantará acta de cada sesión.

Al igual que las actas, las grabaciones quedarán bajo custodia del secretario.

### 4. COMPETENCIAS DEL JUEZ

De conformidad con el espíritu de determinar con más claridad la responsabilidad del juez y del secretario, se introducen en algunos casos reformas que atribuyen expresamente al juez o al presidente del tribunal funciones que antes desempeñaba el secretario.

Es el caso por ejemplo de la información al acusado de de las consecuencias de la conformidad con el escrito de acusación y requerirle para que preste, en su caso, dicha conformidad, todo ello de conformidad con la nueva regulación del art. 787. También en determinados supuestos como las requisitorias o el señalamiento en el mismo acto en que se acuerda la suspensión del juicio oral se establece, contra el criterio general, que es competencia del juez.

## IV. EJECUCIONES Y EMBARGOS

### 1. EJECUCIONES

Un cambio significativo en el proceso penal es el que habilita al secretario judicial para llevar a cabo los actos concretos de ejecución de sentencia. En concreto, se añaden los párrafos 5º y 6º al artículo 990 para atribuir al secretario judicial la función de impulsar el proceso de ejecución de sentencias, dictando las diligencias necesarias, así como la información a los ofendidos y perjudicados por el delito, así como a los testigos de riesgo, de las resoluciones relativas al penado que puedan afectar a su seguridad.





Se establecen también algunas previsiones concretas. Por ejemplo, en caso de pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, será el Secretario judicial quien proceda a la inmediata retirada del permiso habilitante.

Por otro lado, a efectos de ejecución de la responsabilidad civil, se encomienda al secretario la función de solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria u otros organismos forales de la misma clase, las actuaciones de investigación patrimonial. Si tales organismos no atienden el requerimiento, dará cuenta al Juez o Tribunal.

## **2. FIANZAS Y EMBARGOS**

En la regulación de la libertad provisional del procesado se introducen los cambios necesarios para que sea el secretario quien pueda señalar al fiador personal o dueño de los bienes dados en fianza cuando no comparezca el procesado. Igualmente, podrá el secretario iniciar la vía de apremio, sustituyéndose la regulación anterior por la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Igualmente, en el título IX relativo a las fianzas y embargos, se introducen las oportunas remisiones a la LEC.

Por su parte, el artículo 615 atribuye también la ejecución del embargo al secretario judicial cuando aparezca en el sumario indicada la existencia de responsabilidad civil.

## **V. RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS Y RECURSOS**

### **1. REGULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS**

Las nuevas atribuciones a los secretarios judiciales requieren una regulación específica de las resoluciones que éstos pueden dictar para llevarlas a cabo así como de los correspondientes recursos.

En este sentido, se introduce un nuevo artículo 144 bis, de nueva redacción, donde se regulan estas resoluciones: diligencias de ordenación, para dar a los autos el curso que corresponda, diligencias de comunicación, constancia o ejecución, y decretos, cuando sea preciso o conveniente razonar su decisión. También y en coherencia con lo anterior, se modifican los artículos correspondientes para introducir las oportunas referencias a estas resoluciones.

### **2. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS**

El nuevo sistema de distribución de responsabilidades exige arbitrar los oportunos mecanismos de control para permitir que sea el titular del órgano judicial quien decida en último extremo. No hay que olvidar a este respecto que muchas de las decisiones de carácter procesal pueden influir en el curso de la causa y por tanto es necesaria una supervisión por parte del juez o magistrado.





En este sentido, en el TÍTULO X se modifica su rúbrica por la de “De los Recursos contra las Resoluciones Procesales”, para incluir los recursos contra las resoluciones de los Secretarios judiciales. Igualmente, se añade un nuevo capítulo II a ese título para regular los recursos contra las resoluciones de los secretarios judiciales.

Esa nueva regulación se concreta en los artículos 238 bis y 238 ter y establece dos tipos de recursos. El recurso de reposición procederá contra todas las diligencias de ordenación y contra los decretos contra los que no procede recurso de revisión y lo resuelve el propio secretario judicial. Contra esa resolución no cabe interponer recurso alguno.

Por su parte, el recurso de revisión cabe contra los decretos del secretario judicial cuando así lo disponga la ley. Se interpone ante el juez o tribunal con competencia funcional en la fase del proceso en que haya recaído el decreto y contra su resolución no cabe recurso.

En ambos casos el recurso se interpone por escrito y firma de letrado, dándose traslado al Ministerio Fiscal y a las partes por dos días.

## VI. MEJORAS TÉCNICAS

### 1. MEJORAS TÉCNICAS

Como se ha señalado al comienzo, la reforma de la ley procesal penal ha sido limitada en previsión de una ley de nuevo cuño. Sin embargo, se ha querido aprovechar la ocasión para establecer algunas correcciones técnicas necesarias.

Así por ejemplo se mejora la redacción del artículo 15, relativo a la inhibición; se da una definición más completa y actualizada de providencias y autos, artículo 141; se corrigen remisiones erróneas y se sustituyen, cuando es posible, la regulación detallada por la remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este mismo otro orden de cosas cabe destacar también la nueva redacción del artículo 591, donde se corrige la redacción de la fianza, que podrá ser personal, pignoraticia o hipotecaria, o mediante caución (en efectivo o mediante aval).

Por último, cabe destacar también como mejora técnica la supresión en diversos artículos la referencia a la pena de muerte o cadena perpetua, naturalmente derogadas por la vigencia de la Constitución. Así ha sido por ejemplo reformado el artículo 877 o el capítulo IV del título II del libro V (artículos 947 a 953), relativo al recurso de casación en las causas de muerte.

### 2. ACTUALIZACIONES LINGÜÍSTICAS

La norma vigente, de finales del siglo XIX, contiene como es lógico arcaísmos y referencias que hoy resultan desfasadas. Destaca en este punto la reforma de los preceptos que aluden al beneficio de pobreza, corregidos por la terminología vigente de asistencia jurídica gratuita. También se modifican denominaciones y expresiones





antiguas como la de secretaria por oficina judicial, “resultandos y considerandos” por “antecedentes de hecho y fundamentos de derecho” o “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

## VII. MEJORAS PROCESALES

Igualmente, se ha aprovechado la reforma para introducir cambios que contribuyan a incrementar la seguridad jurídica de las partes, bien añadiendo garantías bien resolviendo cuestiones interpretativas. En este apartado cabe destacar:

En el artículo 797, comprendido dentro del Título III del Libro IV, dedicado a la regulación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, y para conseguir una de aquellas finalidades complementarias de las reformas procesales que consistía en la potenciación de las garantías del justiciable, se ha introducido un nuevo párrafo estableciendo que “para garantizar el ejercicio del derecho de defensa, el Juez dispondrá que se dé traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el Juzgado de Guardia”. El enjuiciamiento rápido de las infracciones criminales no puede en ningún caso suponer una merma de las garantías del presunto culpable; la necesidad de unificar pautas de actuación en todo el territorio nacional exige la introducción de este precepto a la vista de las quejas presentadas en varias ocasiones por el Consejo General de la Abogacía Española acerca de la falta de un criterio uniforme que inspire la actuación de los Jueces o Magistrados.

Se añade como garantía adicional, cuando la sentencia afecte al honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen de la víctima, la posibilidad de no publicarla total o parcialmente.

En el sumario ordinario, se ha recogido la doctrina del Tribunal Constitucional consolidada a partir de la sentencia 66/89, de 17 de abril, que exige restablecer en la llamada fase intermedia el equilibrio de las partes en el proceso penal. Para ello, se ha introducido en el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una modificación que hace preceptivo el traslado de la causa a la defensa del procesado, a fin de que se pronuncie acerca del auto de conclusión del sumario, solicitando la práctica de nuevas diligencias de prueba, la apertura del juicio oral o, en su caso, el sobreseimiento de la causa.

Se dota de contenido a los artículos 516 y 517 para dar pronta respuesta y legalizar cuanto antes la situación personal del detenido que se presenta ante un Juzgado de guardia. De esta forma el secretario judicial deberá remitir al juzgado de guardia testimonio de la resolución judicial y de los particulares de la causa que fueren precisos para poder resolver acerca de la situación personal del requisitoriado. Esto permitirá que, presentado el requisitoriado ante un juzgado de guardia, el juez, si fuera necesario para resolver, podrá solicitar el auxilio bien del órgano judicial que hubiera dictado la requisitoria o, en su defecto, del que se hallare de guardia, para que le facilite la documentación e información necesaria.





Se incluye en la dispensa de declarar del artículo 416, junto al cónyuge, a la persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, salvando la dificultad interpretativa de la disposición.

Se da nueva regulación a la aclaración de sentencias y rectificación de errores prevista en el art. 161, de manera que se regula de forma detallada el procedimiento. Con la nueva regulación, podrá aclarar o rectificar su resolución tanto el titular del órgano como el secretario judicial. Si los errores son materiales y aritméticos podrán corregirse en cualquier momento. Las omisiones y defectos que fuere necesario subsanar para llevar plenamente a efecto las resoluciones, podrán ser subsanados por igual procedimiento. Se establece el procedimiento para el caso de omisiones manifiestos en sentencias o autos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso.

La modificación del art.. 145 para reducir el número necesario de Magistrados del Tribunal Supremo para dictar autos, que pasa de 7 a 3, salvo que la ley disponga otra cosa.

Se establece el recurso de súplica con carácter general, mediante su inclusión en el art.. 236.

Se actualizan las cuantías del art.. 870, relativas a la multa por queja falsa. Se incluye además la previsión de que se informará a los colegios profesionales competentes a efectos de posibles sanciones disciplinarias.

Y, por último, se aclara que el plazo para la interposición del recurso se computa desde la notificación de la resolución a cada una de las partes, y no desde la última notificación de la sentencia (artículo 211) como viene siendo práctica habitual evitando de esta forma agravios entre las partes.



## UNIDAD 6

### LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

Esta unidad tiene por objeto exponer brevemente las reformas operadas por la Ley 13/2009, de reformas procesales para la implantación de la nueva oficina judicial, en la regulación del procedimiento laboral. La exposición abarca además de una breve introducción relativa a la nueva organización de competencias en la oficina judicial, las competencias atribuidas por dicha reforma a los Secretarios judiciales y las mejoras técnicas y procesales en el texto reformado.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>133</b>
1. Nueva distribución de competencias Juez o Tribunal y Secretario judicial.....	133
2. Resumen mejoras técnicas y procesales .....	133
<b>II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO JUDICIAL .....</b>	<b>134</b>
1. Acumulaciones .....	134
2. Habilitación de días y horas .....	134
3. Imposición de multa por no devolución de autos.....	135
4. Resoluciones de los Secretarios .....	135
5. Admisión de la demanda .....	135
6. Subsananación de la demanda en procesos especiales.....	136
7. Conciliación .....	136
8. Suspensión y desistimiento .....	137
9. Fe pública.....	137
10. Impulso procesal.....	137
11. Recursos .....	138
12. Ejecución .....	139
<b>III. MEJORAS TÉCNICAS .....</b>	<b>140</b>
<b>IV. MEJORAS PROCESALES .....</b>	<b>141</b>





## I. INTRODUCCIÓN

### 1. NUEVA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS JUEZ O TRIBUNAL Y SECRETARIO JUDICIAL

La modificación de la legislación procesal efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal ha introducido cambios para ajustar en lo posible la nueva filosofía organizativa de la Administración de Justicia entre otras normas al Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, (en adelante LPL), delimitando mejor el reparto de tareas entre la figura del Juez y el Secretario Judicial. Se potencia la figura de los secretarios judiciales, atribuyéndoles como dice la Exposición de motivos “no solo las funciones de impulso formal del procedimiento que tenían hasta ahora, sino también otras funciones que les permitirán adoptar decisiones en materias colaterales a la función jurisdiccional pero que resultan indispensables para la misma”. “El objetivo primordial compartido en la reforma de todas las leyes procesales es, por tanto, regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado y Secretarios Judiciales, por otro. Existen además otros objetivos complementarios, entre los que pueden destacarse el fomento de las buenas prácticas procesales o la potenciación de las garantías del justiciable”.

En cuanto a los principios que inspiran esta reforma, agilidad, eficacia, eficiencia, racionalización del trabajo, etc., están en estrecha relación con los que imperan en esta jurisdicción: inmediación, oralidad, concentración y celeridad (art. 74 LPL), por lo cual las modificaciones efectuadas tienen un encaje más fácil.

### 2. RESUMEN MEJORAS TÉCNICAS Y PROCESALES

Se ha aprovechado la reforma para introducir de modo expreso modificaciones que también han sido efectuadas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y relativas a materias comunes como habilitación de días (art. 43), resoluciones de los Secretarios judiciales (art. 49, dejando sin contenido el art. 52), forma de tales resoluciones (art. 51), actos de comunicación (art. 53 y siguientes) y señalamiento de vistas (art. 82.1) o atribución de competencias en materia de admisión de demandas (art. 81.3), en el trámite de ejecución (arts. 236 y siguientes), pero también se han introducido reformas en materia de conciliación (arts. 82.2 y 148.2 b) de conformidad con lo dispuesto en el art. 456.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Al igual que ha ocurrido con la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha aprovechado la reforma para tratar de dar respuesta a ciertas deficiencias del texto ya apreciadas por los operadores jurídicos (como adecuación a la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, a la Ley de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, LO de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, actualización de algunas cuantías, conversión a euros, etc.).





Por otro lado, y en consonancia con lo ya manifestado al estudiar la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también en el presente texto se ha optado por introducir reformas que devienen como inexcusables si se trata de dar una respuesta pronta al justiciable y transparencia a la actuación de quienes intervienen en el proceso: así en el presente texto se regulan de modo más adecuado las acumulaciones de acciones, de procesos, de recursos y de ejecuciones ( art. 27 y siguientes); y se establecen mecanismos para favorecer que, en la medida de lo posible, tales acumulaciones sean obligatorias, y no potestativas.

## II. NUEVAS FACULTADES DEL SECRETARIO JUDICIAL

### 1. ACUMULACIONES

Cuando procede la acumulación de acciones, el Secretario judicial resuelve favorablemente al admitir a trámite la demanda pues, en otro caso, da cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda, tras haber requerido de subsanación al demandante para que elija la acción que pretende mantener (art. 28 LPL).

En la acumulación de procesos y de recursos, arts.29 y siguientes, ha de decidir el Juez previa verificación de presupuestos, subsanación caso de estimarse indebida, y tramitación a cargo del Secretario, mientras que cuando se trata de acumulación de ejecuciones, resolverá el Secretario tanto si es a instancia de parte como de oficio, como consecuencia de habersele atribuido competencia general y amplia en materia de ejecuciones: arts. 37 y siguientes.

El art. 38 ha mejorado los criterios para determinar la antigüedad del proceso de ejecución al cual se deben acumular otras ejecuciones, con el fin de poner término a las controversias hasta ahora surgidas sobre el dato a tener en cuenta como determinante del órgano competente, para conocer de las ejecuciones acumuladas. El art. 39 regula el incidente de acumulación: caso de estimarse improcedente por el Secretario judicial competente para decretar la acumulación o si el requerido no accediere a ella, tras dictar el decreto correspondiente y firme que sea éste, elevará testimonio suficiente de sus actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior inmediato común a ambos órganos judiciales que resolverá sobre la procedencia de la acumulación y determinará el Juzgado competente para conocer de las ejecuciones.

### 2. HABILITACIÓN DE DÍAS Y HORAS

De igual modo que en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 43.5 posibilita que el Secretario judicial habilite días y horas cuando se vayan a realizar actuaciones de su exclusiva competencia o por ellos ordenadas, o bien tendentes a cumplir resoluciones dictadas por los Jueces y Tribunales.





### 3. IMPOSICIÓN DE MULTA POR NO DEVOLUCIÓN DE AUTOS

En caso de no devolución de autos para su examen, el Secretario, conforme al art. 48, interpondrá multa mediante decreto.

### 4. RESOLUCIONES DE LOS SECRETARIOS

Las nuevas atribuciones a los Secretarios Judiciales requieren una nueva regulación de las resoluciones que éstos pueden dictar. El art. 49 regula las resoluciones procesales, entre las que se encuentran las que dictan los Secretarios Judiciales: diligencias y decretos, fijando el art. 51 el contenido de las mismas: “mención del lugar y fecha en que se adopte, el nombre de quien la dicte, la expresión de si la misma es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, el órgano ante el que deben interponerse y el plazo y requisitos para ello, así como los depósitos y las consignaciones que sean necesarios y la forma de efectuarlos.”

### 5. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Con esta reforma, según dice la Exposición de Motivos, se ha optado por atribuir al Secretario judicial, la competencia del trámite, salvo que la decisión procesal pueda afectar a la función estrictamente jurisdiccional, para garantizar que el Juez o Tribunal pueda concentrar sus esfuerzos en la función que le es propia: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido se le atribuye la competencia para admitir la demanda por tratarse de una actuación reglada conforme al art. 403.1 LEC: “las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley”. No así en cuanto a la inadmisión, pronunciamiento que supone una limitación a la tutela judicial efectiva, por lo que debe quedar en el ámbito jurisdiccional de Jueces y Magistrados, de manera que apreciada por el Secretario judicial la falta de alguno de los requisitos o presupuestos de la demanda, deberá dar cuenta al Juez para que se pronuncie definitivamente sobre su admisión. Este criterio de admisibilidad se ha aplicado en este orden jurisdiccional.

El art. 81 atribuye la admisión de la demanda al Secretario judicial, previa advertencia en su caso de subsanación de defectos u omisiones de carácter formal, y caso de no atender a la subsanación, el Juez decidirá sobre su inadmisión. Cumplidos todos los requisitos, el art. 82 regula el señalamiento del día y hora en que hayan de tener lugar sucesivamente los actos de conciliación, ante el Secretario Judicial, y juicio, ante el Juez o Magistrado, mediando un mínimo de quince días (antes eran cuatro con carácter general) entre la citación y la efectiva celebración de juicio, atendiendo a los criterios establecidos en el art. 182 LEC (horas de audiencia, número de señalamientos, duración aproximada de la vista en concreto, naturaleza y complejidad de los asuntos, etc) . Extendiéndose a los letrados de la Administración de la Seguridad Social y de las Comunidades Autónomas el plazo de veintidós días ya establecido a los Abogados del Estado para consulta con el organismo correspondiente.





## 6. SUBSANACIÓN DE LA DEMANDA EN PROCESOS ESPECIALES

En el proceso de impugnación de laudos dictados en materia electoral, conforme a la función encomendada al Secretario para subsanación de la demanda el art. 130 establece que el Secretario judicial, y no el juez según la anterior regulación, citará a las partes a una audiencia preliminar ante el órgano judicial, si estimase un posible litisconsorcio pasivo necesario, resolviendo el mismo en el acto.

En las demandas en materia de Seguridad Social el Secretario judicial dispondrá que se subsane la falta de reclamación administrativa previa, admitiendo la demanda en su caso, o dando cuenta al Tribunal si no se realiza tal subsanación (art. 139).

## 7. CONCILIACIÓN

Merece mayor atención la celebración de los actos de conciliación y juicio (arts. 82 y siguientes). Para dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 456.3.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ha considerado oportuno, pese a que se trata de una conciliación intraprocesal, que sea atribuida al Secretario judicial. No hay obstáculo alguno para esta atribución ya que la idea que inspira la reforma es considerar que, pese a que el procedimiento haya sido incoado, en su caso, en virtud de demanda admitida a trámite por el Juez, dicho proceso puede ser terminado por resolución dictada por el Secretario judicial siempre que con ella se dé forma jurídica a un acuerdo entre las partes, esto es, que no sea más que el reconocimiento y la constatación del poder dispositivo de las partes sobre el objeto del proceso.

El acto de conciliación se llevará a cabo ante el Secretario judicial y el juicio, caso de no haber avenencia o no ser aprobado el acuerdo por ser constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, ante el Juez.

No obstante, con la nueva regulación no se impide que las partes puedan llegar a una avenencia hasta antes de dictar sentencia tal y como hasta ahora ocurre. Así, se ha previsto en el art. 84.3 que en caso de no haber avenencia y pasarse al acto del juicio, la aprobación del acuerdo que pudieran llegar a alcanzar las partes corresponderá al juez y sólo cabrá una nueva intervención del secretario judicial aprobando un acuerdo si el acto del juicio llegase a suspenderse por cualquier causa. Con esta regulación se consigue, por tanto, que las partes puedan conciliar – aun cuando inicialmente no hayan logrado un acuerdo- hasta el momento de dictar sentencia, bien durante el juicio ante el tribunal, bien, si se suspende el juicio, ante el secretario judicial. Por otro lado esta regulación no excluye que los jueces puedan intentar el acuerdo cuando las partes están a su presencia y también en el período de tiempo que media entre la fecha de la terminación del juicio y el día en que se dicta la sentencia; ello es así ya que en el art. 84.3 hablamos de suspensión del juicio para posibilitar que el secretario judicial pueda avenir de nuevo, quedando en consecuencia excluida su intervención en el supuesto de concluso y visto para sentencia, que quedaría reservada al juez.





## 8. SUSPENSIÓN Y DESISTIMIENTO

El art. 83.1 autoriza al Secretario para suspender los actos de conciliación y juicio, manteniendo el resto del texto: por una sola vez, a petición de ambas partes o por motivos justificados, y una segunda suspensión será excepcional y por circunstancias graves adecuadamente probadas. Y el 83.2 regula el desistimiento por incomparecencia del actor, que si se produce en la conciliación se acordará por el Secretario y si es en el juicio será por resolución judicial.

## 9. FE PÚBLICA

Uno de los objetivos de la reforma es reforzar las garantías del justiciable, para lo cual se opta la grabación de las vistas, y en cuanto que forma parte de la función de documentación atribuida en relación con el ejercicio de la fe pública judicial que corresponde con exclusividad y plenitud al Secretario judicial, éste deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación, pudiendo las partes pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales. Cuando se cuente con los medios tecnológicos necesarios el Secretario judicial “garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro medio de seguridad que conforme a la ley ofrezca tales garantías” (art. 89).

Las sesiones del juicio oral y comparecencias ante el Magistrado grabadas en los términos descritos, no precisarán la presencia del Secretario salvo excepciones, (a petición de las partes, cuando el Secretario lo considere necesario, atendiendo a las pruebas a practicar, el número de intervinientes, incidencias u otras excepcionales) en cuyo caso y cuando los mecanismos de garantía no se puedan utilizar, se extenderá acta sucinta, cuyo contenido se regula en el apartado 3.

Cuando tampoco se puedan utilizar los medios de registro previstos en este art. por cualquier causa, el apartado 4 detalla el contenido del acta, que se llevará a cabo por medios informáticos, salvo que la sala carezca de los mismos. Será firmada por Juez, intervinientes y en último lugar por el Secretario, entregando copia a la parte del proceso que lo solicite.

## 10. IMPULSO PROCESAL

En estrecha relación con la admisión de la demanda por el Secretario judicial en los términos antes expuestos, se encomienda al Secretario en dicho trámite, recabar documentos, expedientes o informes que antes solicitaba el Juez.

En el proceso de impugnación de laudos en materia electoral el art. 132 establece que al admitir la demanda se acordará recabar de la oficina pública el texto del laudo arbitral.

El art. 135 establece que al admitir la demanda se requerirá el expediente administrativo en la impugnación que deniegue el registro de actas relativas a elecciones de delegados de personal y miembros del comité de empresa





El art. 137 la resolución que admita la demanda recabará el informe de la Inspección en el proceso de clasificación profesional.

Otra manifestación de que el impulso del proceso corresponde al Secretario judicial está en el art. 141 que establece la obligación del Secretario Judicial en los procesos por accidentes de trabajo de requerir el documento acreditativo de la cobertura del riesgo, y de manera especial el nuevo texto por el cual se le encomienda la reiteración de la presentación del informe de la Inspección, si no hubiere entrado en los autos antes de la celebración del juicio.

## 11. RECURSOS

En materia de recursos, han de hacerse dos precisiones: por un lado, a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Civil que suprimió el recurso de súplica contra las resoluciones de los órganos colegiados y pasó a ser recurso de reposición, se ha aprovechado para realizar el mismo cambio en el texto que nos ocupa, de modo que ha desaparecido toda referencia al recurso de súplica, y se sustituye por el de reposición. En segundo lugar, el recurso que ha de resolver el Secretario judicial que dictó una resolución recibe también el nombre de recurso de reposición, sin que ello implique que pueda existir confusión con el recurso de reposición que cabe interponer contra las resoluciones de Jueces y Tribunales.

El art. 186 establece que contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, en la resolución definitiva, salvo el recurso directo de revisión contra decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, (que carecerá de efectos suspensivos sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto) y cuando expresamente se prevea, como por ejemplo en el art. 39.3. Tiene una tramitación similar a la del recurso de reposición: cinco días para interposición y cinco para impugnación, transcurridos los cuales resolverá el Juez o Tribunal.

Contra el auto que resuelve el recurso de revisión únicamente cabrá recurso de suplicación o casación cuando expresamente se prevea en la LPL.

La admisión a trámite del recurso de suplicación corresponde al Secretario, y al Magistrado o bien la Sala Social del TSJ, Sala IV TS, resolver la inadmisión del recurso previa dación de cuenta del Secretario correspondiente por falta de subsanación de defectos (arts. 193.3, 197, 207.3 y 209).

El art. 221 establece que el Secretario de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, dictará decreto declarando desierto y poniendo fin al trámite del recurso de casación para unificación de doctrina cuando no comparezca el recurrente una vez hecho el emplazamiento en forma.





## 12. EJECUCIÓN

Como se refiere en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma 13/2009, la admisión de la demanda ejecutiva corresponde al Tribunal en su mandato constitucional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Por tanto corresponde al Tribunal el dictado de la orden general de ejecución, mediante el auto despachando la ejecución y al Secretario el decreto de medidas ejecutivas concretas, incluido el embargo, así como las medidas de localización y averiguación de bienes del ejecutado, requerimiento de pago, en su caso etc. por remisión a la LEC, en el art. 235 LPL.

En, se materializa de forma especial el espíritu de la reforma de determinar con más claridad la responsabilidad del juez y del secretario, introduciendo una atribución y delimitación de funciones al Secretario. Así entre otros en los siguientes arts.: 172, 178.2, 253, 255, 256, 258, 265 –decreto de adjudicación- 286, 291.

El art. 24 relativo a la intervención del Fondo de Garantía Salarial, ha dispuesto que sea el Secretario, una vez despachada ejecución, quien dicte decreto, antes auto, haciendo constar la subrogación, tras la comprobación de que el Fondo de Garantía Salarial ha efectuado el pago, cuando antes era auto de subrogación.

El art. 236 prevé la celebración de incidentes en ejecución de sentencia que se resolverán por decreto, sobre cuestiones de competencia exclusiva del Secretario, añadiendo un segundo párrafo referido a las comparecencias ante el Magistrado, en el que se especifica la obligatoriedad de grabación.

El art. 239 confiere al Secretario Judicial la imposición de apremios pecuniarios para garantizar el cumplimiento en obligaciones de dar, hacer o no hacer previa audiencia acordada por el mismo cuando el texto anterior atribuía al Juzgado o Tribunal.

El art. 242 impone al Secretario la obligación de instar la reanudación de la ejecución, caso de suspensión, sin que se haya instado la continuación, cuando antes el texto decía órgano judicial.

El art. 243 prevé el decreto por el que se acuerda el aplazamiento del cumplimiento de la ejecución cuando ponga en peligro cierto la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, el cual será directamente recurrible en revisión, cuando el texto anterior se refería al órgano judicial executor. En el mismo sentido ocurre en el art. 247 en el requerimiento de manifestación de bienes o derechos. Y en el 248 en la averiguación de bienes.

El art. 251, al establecer la designa de depositario así como la justificación la imposibilidad de asumir el depósito o administración, por Fondo de Garantía Salarial y las Entidades Gestoras o servicios comunes, atribuye ante el Secretario la tramitación y resolución, frente al texto anterior que lo atribuía al Juez.

En la constitución de administración o intervención judicial, art. 254, se regula en consonancia con lo previsto en la LEC, la comparecencia ante el Secretario caso de acuerdo en el nombramiento, dictándose decreto, o ante el Juez si hay desacuerdo, resolviéndose por auto.





En los arts. 269 y siguientes se establece la aprobación por decreto del reparto proporcional de cantidades, insuficientes para cubrir la totalidad de los créditos concurrentes, a propuesta común de las partes o por acuerdo en comparecencia ante el Secretario, en otro caso, se citará a comparecencia ante Juez o Tribunal en la cual si no se consigue acuerdo se resolverá por auto.

El art. 274 establece el decreto de declaración de insolvencia, antes auto del órgano judicial, previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.

En la ejecución de sentencias firmes de despido el art. 278 establece que tras dictarse el auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, el Secretario citará de comparecencia a las partes ante el Juez dentro de los cuatro días siguientes.

En el art. 282 el Secretario, y no el Juez como en la redacción anterior, adoptará medidas ante el incumplimiento del auto dictado en ejecución de sentencia firme por despido.

El art. 283 faculta al Secretario, antes el órgano judicial, para prorrogar dos meses más la ocupación de vivienda que deba ser desalojada por la extinción del contrato de trabajo.

El art. 288 faculta al Secretario judicial, antes órgano judicial, para disponer el anticipo reintegrable con cargo a la consignación; y cuando se hubiese garantizado por aval o cualquier otro medio admitido, se requerirá a la empresa por cuatro días para que efectúe la consignación en metálico, y verificada se procederá a la devolución del aval o medio de garantía por la menor cuantía relicta.

### III. MEJORAS TÉCNICAS

En consonancia con la regulación en su día realizada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el art. 14, se ha suprimido la referencia a las inhibitorias y a que las cuestiones de competencia por declinatoria se propondrán como excepciones perentorias, figura hoy ya inexistente en el proceso civil.

En el art. 15.4 se ha introducido una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo que se refiere a la recusación y abstención de Secretarios judiciales y demás funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, a quienes no se hacía referencia en el texto.

Para adecuar la Ley de Procedimiento Laboral a la Ley Orgánica del Poder Judicial, se modifica el art. 42 eliminando la posibilidad de que el Oficial, hoy Gestor Procesal, pueda autorizar actuaciones judiciales, ya que el art. 452.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no permite que las funciones de los Secretarios judiciales sean objeto de delegación ni de habilitación.

El art. 45 se adapta a lo dispuesto en la LEC en cuanto a la presentación de los escritos de término, hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del





plazo, inadmitiendo la presentación de escritos en el Juzgado que preste servicio de guardia.

El art. 57 y 58 regulan detalladamente la práctica de los actos de comunicación, y el 59 la comunicación edictal, posibilitando en el art. 60.3 la comunicación por medios electrónicos con la Abogacía del Estado y letrados de la Seguridad Social

Cambio de denominación de la Sección 2ª del Capítulo 1º del Título I Libro II de “Medidas Precautorias” por “De la anticipación y aseguramiento de la prueba”, en consonancia con la LEC.

El art. 231 corrige la remisión al art. 270 LEC, en vez del art 506.

El art. 235 ya citado antes, remite a la LEC para llevar a efecto la ejecución de sentencias, que debe entenderse referido al art. 551 LEC, por lo que la ejecución se iniciará con el despacho de ejecución: resolución judicial.

El art. 261 al incluir las entidades previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la liquidación de los bienes embargados. El art. 262 al admitir una única subasta.

El art. 282 remite a la ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social la puesta en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar la conducta del empresario que obstaculice las actividades del trabajador miembro del Comité de empresa o delegado sindical y no al art. 97 del Estatuto de los Trabajadores que había quedado derogado por la letra b) del número 2 de la Disposición Derogatoria Única del RD Legislativo 5/2000, 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la citada Ley.

Supresión de la disposición adicional quinta. La sustitución de la Ley de Cooperativas 3/87 por la Ley 27/99, que no contiene modalidad procesal especial alguna respecto de las cuestiones competencia del orden social, lleva a la tramitación de dichas cuestiones por los trámites del proceso social ordinario, aplicable a título principal y no supletorio.

#### **IV. MEJORAS PROCESALES**

El art. 5 incorpora el examen de la competencia por razón del territorio.

El art. 21 amplía la representación técnica en el recurso de suplicación a los graduados sociales colegiados, y el art. 193 posibilita la entrega a estos profesionales de los autos para la interposición del recurso de suplicación y en 229.1 y 230 su nombramiento para formalización del recurso de suplicación. Según la Exposición de Motivos de la Ley 13/2009 este cambio tiene su origen en el art. 545.3 LOPJ que reconoce la capacidad de representación técnica a los graduados sociales debidamente colegiados, por lo que se elimina la intervención preceptiva de letrado para el recurso de suplicación, con lo que se adapta la norma legal a la realidad social.

Se ha introducido un nuevo supuesto de acumulación de procesos en el art. 30 bis, cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pretende exista tal





conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, haciendo obligatoria en tales casos la acumulación

Se admite la acumulación de la reclamación salarial a la acción solicitando la extinción indemnizada invocando falta de pago del salario pactado del art. 50, 1, b) ET.

El art. 64.1 relativo a la conciliación previa al proceso, y el art. 70 referido al requisito de reclamación administrativa previa, amplían los procedimientos que no lo precisan: movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el art. 183 bis, tutela de derechos fundamentales y el ejercicio de acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género.

En coherencia con la LEC, se ha añadido un apartado 5 al art. 85, para fijación de hechos conformes o disconformes en el acto del juicio antes de la proposición de prueba, de manera que pueda proponerse y acordarse limitadamente a los hechos disconformes.

El art. 90 amplía a diez los días de antelación a la fecha de juicio para solicitar pruebas a practicar en el mismo que requieran diligencias de citación o requerimiento.

El art. 100 establece que el texto de la sentencia deberá indicar la firmeza, o recursos que procedan, los depósitos y las consignaciones necesarios.





*UNIDAD 7*

**LA REFORMA DE LA LEY DE LA  
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

**ÍNDICE**

---

<b>I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA.....</b>	<b>144</b>
1. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL.....	144
2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y POSTULACIÓN .....	145
3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES .....	146
<b>II. ANÁLISIS DEL RECURSO O LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE.....</b>	<b>146</b>
<b>III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES.....</b>	<b>147</b>
<b>IV. ACTUACIONES DERIVADAS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA.....</b>	<b>148</b>
1. LA PUBLICACIÓN DEL RECURSO.....	148
2. LA PETICIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EMPLAZAMIENTO DE LOS INTERESADOS.....	148
3. EL TRASLADO DEL EXPEDIENTE AL ACTOR: LA FORMULACIÓN DE LA DEMANDA.....	149
4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA .....	150
5. ACUMULACIÓN DE PROCESOS .....	151
6. LA PRUEBA: PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA .....	152
7. CONCLUSIÓN DEL PROCESO.....	152
8. SENTENCIA.....	153
<b>V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.....</b>	<b>154</b>
1. TRANSACCIÓN .....	154
2. DESISTIMIENTO .....	154
3. SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO.....	155
4. EL ALLANAMIENTO .....	155
<b>VI. LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS .....</b>	<b>155</b>
<b>VII. OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA .....</b>	<b>158</b>
1. EL PROCESO DE EJECUCIÓN .....	158
2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA .....	159





## I. LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA

Conforme a la nueva redacción del art. 45.3 LJCA, el Secretario judicial, tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición, deberá examinar, de oficio, la “validez de la comparecencia”, que comprende tanto la obligación de acompañar los documentos, como la concurrencia de los requisitos generales exigidos por la Ley. Estos requisitos se refieren tanto al órgano judicial, mediante el análisis de la jurisdicción y competencia, como a las partes, a través del estudio de la legitimación, capacidad y postulación en los casos en que ésta venga exigida.

En términos generales puede decirse que el proceso contencioso-administrativo presenta algunas peculiaridades en relación al proceso civil, y aun a los seguidos en el orden social. La primera de estas especialidades estriba en el tratamiento que recibe la fase de inicio, al distinguirse, cuanto menos en el llamado “procedimiento ordinario”, dos momentos diferenciados: el de la interposición del recurso y la posterior formulación de la demanda<sup>13</sup>.

De cualquier modo, las reformas introducidas a través de la Ley 13/2009 en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa pretenden sistematizar el proceso de modo muy similar al proceso civil, trasladando hacia el Secretario judicial las decisiones sobre el inicio del mismo y dejando al Juez o Tribunal las soluciones de fondo y, por supuesto, aquellas otras que permitan garantizar, en todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva por parte del justiciable.

### 1. EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DEL ÓRGANO JUDICIAL: LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL ÓRGANO JUDICIAL

Los arts. 8 a 12 LJCA regulan la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y, en el caso de estos últimos, también la funcional, mientras que el art. 14 del mismo texto determina su competencia territorial.

Precisamente en materia de competencia territorial se ha modificado el art. 14 LJCA, al preverse ahora que cuando el recurso contencioso-administrativo tenga por objeto actos de las Administraciones autonómicas o locales, y versen sobre materias de personal, propiedades especiales y sanciones, la elección de el órgano competente que corresponde al demandante y que, de ordinario deberá recaer en el Juzgado o Tribunal en cuya circunscripción tenga éste su domicilio o bien en que se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado, estará “limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que [éste] tenga su sede...”

---

<sup>13</sup> No obstante, el art. 45.5 LJCA prevé que si el recurso se dirige contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda.





De cualquier modo, y como veíamos antes, el Secretario judicial debe constatar la concurrencia de los requisitos legales antes de resolver la admisión a trámite del recurso, y tales requisitos comprenden la jurisdicción y competencia del órgano judicial, tanto objetiva como territorial. También, y por lo que respecta al procedimiento abreviado, según el art. 78.3 LJCA, corresponde al Secretario judicial apreciar la jurisdicción y competencia objetiva del tribunal antes de resolver sobre la admisión a trámite de la demanda.

## **2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE LAS PARTES: LEGITIMACIÓN, CAPACIDAD Y POSTULACIÓN**

Con la Ley 13/2009 no han sufrido modificaciones los preceptos que regulan los aspectos relacionados con la legitimación, capacidad y postulación en los procesos contencioso-administrativos.

Así, por lo que respecta a la legitimación, el art. 19 LJCA prevé que lo están para interponer este tipo de procesos las personas físicas o jurídicas, pero también la Administración del Estado respecto de actos y disposiciones de Administraciones autonómicas o locales, y cada una de éstas respecto de actos y disposiciones de las demás, así como organismos y entidades de Derecho público siempre que, en todos los casos, unas y otras ostenten un derecho o interés legítimo que, en el caso de las Administraciones, podrán justificar en la invasión del ámbito de sus respectivas competencias.

Previa declaración de lesividad, la propia Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

También se extiende la legitimación activa, en los casos previstos en la Ley, al Ministerio Fiscal y a cualquier ciudadano en ejercicio de la acción popular.

Además, y con motivo de la reforma operada por LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, para la defensa de este derecho están legitimados, además de los afectados, los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas con ese fin primordial, siempre que cuenten con la autorización de aquéllos.

Si los afectados son una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

Por último, en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, la única persona legitimada será la acosada.

En cuanto a la capacidad procesal, sólo destacar que, como dispone el art. 18 LJCA, en este orden jurisdiccional, además de las personas que la ostentan con arreglo a





la LEC, la tienen “los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”. Lo mismo que decir respecto de grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas.

Por lo que respecta a la postulación, el artículo 23 LJCA prevé que en cualquier Juzgado o Tribunal las partes deberán estar asistidas por Abogado. Además, para intervenir ante órganos unipersonales podrán hacerlo por sí mismas o conferir su representación a un Procurador o a un Abogado, representación que será preceptiva para ante los órganos colegiados.

Sin embargo, los funcionarios públicos podrán comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, siempre que se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

### **3. ACUMULACIÓN DE ACCIONES**

El actor puede acumular en su demanda las pretensiones deducidas en relación con un mismo acto, disposición o actuación, así como las que se refieran a varios actos, disposiciones o actuaciones cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa. Conforme al reformado apartado 2 del art. 35 LJCA, también corresponde al Secretario judicial calificar la acumulación de acciones en el momento de analizar el recurso o demanda.

También se contempla (art. 36 LJCA) la acumulación de acciones sobrevenida, cuando se haya dictado o tenga noticia de la existencia de algún acto, disposición o actuación que guarde relación con el que sea objeto del recurso en tramitación, en cuyo caso el demandante podrá solicitar, la ampliación del recurso a aquel acto administrativo, disposición o actuación. En tal caso se producirá la suspensión del curso del procedimiento, y el Secretario judicial dará traslado a las partes para que presenten alegaciones en el plazo común de cinco días

## **II. ANÁLISIS DEL RECURSO O LA DEMANDA Y RESOLUCIONES POSIBLES SOBRE SU ADMISIÓN A TRÁMITE**

Como prevé el art. 45.3 LJCA, de nueva redacción, examinada por el Secretario judicial la validez de la comparecencia, es decir, el cumplimiento de los requisitos legales que deben revestir al recurso contencioso-administrativo, dictará decreto admitiéndolo a trámite. No ocurrirá así si detecta la falta de alguno de estos requisitos, en cuyo caso “requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto”.





Cuando no se hubieren cumplido tales exigencias, o bien si su falta no fuere subsanable<sup>14</sup>, el Secretario judicial dará cuenta al Juez o Tribunal que “se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones [o, en otro caso, resolverá la admisión a trámite del recurso]”.

Si, a juicio del Secretario judicial, nos hallásemos ante una indebida acumulación de acciones, el reformado artículo 35.2 LJCA prevé que por aquél se dé cuenta al Juez o Tribunal quien, por medio de auto, resolverá si procede la misma, admitiendo a trámite la demanda. En otro caso, también por auto, ordenará a la parte que interponga por separado los recursos en el plazo de treinta días y, si no lo hiciere, tendrá por caducado aquel recurso respecto del cual no se hubiere dado cumplimiento a lo ordenado.

Lo mismo cabe decir respecto de los asuntos que se sustancien como procedimiento abreviado, si bien en este caso el pronunciamiento irá referido a la admisión o no a trámite de la demanda con que aquél se inicia<sup>15</sup>.

### III. DECISIONES SOBRE MEDIDAS CAUTELARES

El art. 129 LJCA prevé que los interesados puedan solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de las medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia.

El incidente surgido con ocasión de esta petición se sustanciará en pieza separada y con audiencia de la parte contraria. Conforme a la nueva redacción del art. 131, el Secretario judicial ordenará el incidente, que será resuelto por auto del Juez o Tribunal dentro de los cinco días siguientes.

En circunstancias excepcionales contempladas en el art. 135 LJCA, por razones de especial urgencia, la medida podrá ser adoptada sin oír a la parte contraria. No obstante, en el auto que se dicte el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia para dentro de los tres días siguientes, y que tendrá por objeto decidir sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Como novedad introducida ahora, a la grabación de la comparecencia y a su documentación, le serán aplicables las disposiciones contenidas en el artículo 63.

---

<sup>14</sup> Como ocurriría si, por ejemplo, entendiésemos que el recurso es extemporáneo, al haberse interpuesto fuera de los plazos previstos en el art. 46 LJCA.

<sup>15</sup> El nuevo párrafo 3 del art. 78 LJCA dispone que, “presentada la demanda, el Secretario judicial, apreciada la jurisdicción y competencia objetiva del Tribunal, admitirá la demanda. En otro caso, dará cuenta a éste para que resuelva lo que proceda”.





#### IV. ACTUACIONES DERIVADAS DE LA ADMISIÓN A TRÁMITE DEL RECURSO O DEMANDA

##### 1. LA PUBLICACIÓN DEL RECURSO

El art. 47.1 LJCA, de nueva redacción, prevé como primera actuación derivada de la admisión a trámite del asunto la publicación del anuncio de interposición del recurso o demanda. Tales anuncios se acordarán de oficio por el Secretario judicial o podrán pedirse por el recurrente<sup>16</sup> quien, en tal caso, correrá con los gastos, y se harán en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida.

##### 2. LA PETICIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO Y EMPLAZAMIENTO DE LOS INTERESADOS

La Ley 13/2009 ha modificado también el art. 48.1 LJCA, que dispone ahora que sea el propio Secretario judicial quien, tras la admisión a trámite del recurso o demanda, requiera a la Administración para que, en el plazo de veinte días<sup>17</sup>, le remita el expediente administrativo<sup>18</sup>, ordenándole además que emplaze a cuantos aparezcan como interesados en él. Tal requerimiento a la Administración se efectuará a través de la publicación del anuncio de interposición o “mediante diligencia” cuando aquélla no fuere necesaria.

Cuando el recurso se hubiere iniciado por demanda, por venir ésta dirigida contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados, prevé el art. 48.5 LJCA que el Tribunal pueda recabar de oficio o a petición del actor el expediente de elaboración.

---

<sup>16</sup> El art. 47.2 LJCA, prevé que si se hubiera iniciado el recurso mediante demanda dirigida contra una disposición general porque, a juicio del recurrente, no existan terceros interesados, siempre deberá procederse a la publicación del anuncio de interposición.

<sup>17</sup> En el procedimiento abreviado, el art. 78.3 LJCA, reformado también por Ley 13/2009, dispone que el Secretario requerirá a la Administración demandada para la remisión del expediente administrativo con, al menos, quince días de antelación del término señalado para la vista.

<sup>18</sup> Como dispone este mismo precepto, el expediente se reclamará “al órgano autor de la disposición o acto impugnado o a aquél al que se impute la inactividad o vía de hecho”. En todo caso, la Administración “conservará siempre el original o una copia autenticada de los expedientes que envíe”. Y así, cuando el expediente fuera reclamado por diversos Juzgados o Tribunales, remitirá copias autenticadas del original o de la copia que conserve (art. 48.4 LJCA).





El Secretario judicial deberá comprobar la remisión del expediente en el plazo fijado. Si no se hubiere recibido, reiterará la reclamación por plazo de otros diez días, apercibiendo a la autoridad o empleado responsable de que, en su caso y tras trámite de alegaciones, el Juez o Tribunal podría imponerles multa coercitiva de trescientos a mil ducientos euros.

Tal y como ha quedado también redactado el art. 49.3 LJCA tras la reforma, una vez recibido el expediente administrativo, el Secretario judicial deberá comprobar que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.

Si no hubiera sido posible emplazar a algún interesado, el Secretario judicial mandará insertar el correspondiente edicto en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida. Los emplazados así podrán personarse en autos hasta el momento en que hubiere de dárseles traslado para contestar a la demanda (art. 49.4 LJCA).

### **3. EL TRASLADO DEL EXPEDIENTE AL ACTOR: LA FORMULACIÓN DE LA DEMANDA**

Recibido el expediente, como establece el reformado art. 52.1 LJCA, el Secretario judicial dispondrá su entrega al recurrente, ya sea por original o por copia, para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días. Cuando los recurrentes fuesen varios la demanda se formulará simultáneamente por todos ellos.

Sin embargo, si el Secretario judicial estima que concurre alguna de las causas de inadmisibilidad previstas en el artículo 51, dará cuenta al Tribunal para que resuelva lo que proceda en orden a la continuación del procedimiento o el archivo del mismo.

Si las partes estimasen que el expediente recibido no está completo, pueden solicitar del Secretario judicial que se reclamen los antecedentes para completarlo, quedando mientras tanto en suspenso el plazo para formular demanda o su contestación (art. 55 LJCA).

No obstante, si la Administración no hubiese remitido el expediente administrativo en el tiempo fijado, cabe la posibilidad de que el Secretario judicial, de oficio o a instancia del recurrente, conceda a éste plazo para formalizar la demanda. Si así se hiciere y se recibiera el expediente más tarde, el Secretario lo pondrá de manifiesto a los demandantes para que, por plazo común de diez días, puedan efectuar alegaciones complementarias.

Sea como fuere el traslado, si la demanda no se hubiere presentado dentro del plazo, el Juzgado o Sala, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda, y producirá sus efectos legales, si se presentare dentro del día en que se notifique el auto (art. 52.2 LJCA).





Al admitir la demanda en procedimiento abreviado, conforme a la nueva redacción del art. 78.3 LJCA, el Secretario judicial acordará su traslado al demandado, citando a las partes para la celebración de vista, y requerirá a la Administración demandada que remita el expediente administrativo. En el señalamiento de las vistas atenderá a los criterios establecidos en el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así pues, tal y como dispone el art. 78.4 LJCA, el traslado del expediente administrativo por el Secretario judicial se hace aquí después de formulada la demanda y ya señalada la vista, quedando a disposición, tanto del actor como del resto de los interesados con el fin de que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.

Conforme al nuevo art. 56.2 LJCA, el Secretario judicial examinará de oficio la demanda y requerirá que se subsanen las faltas de que adolezca en plazo no superior a diez días. Realizada la subsanación la admitirá o, en otro caso, dará cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda.

#### **4. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

Cuando los demandados se hubieren personado dentro del plazo concedido se les tendrá por parte, como ocurrirá también si lo hicieren posteriormente, aunque sólo para los trámites no precluidos. Si no se personaren seguirá el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

El art. 54.1 LJCA, también de nueva redacción, prevé que una vez presentada la demanda el Secretario judicial acuerde el traslado de la misma, con traslado del expediente administrativo, a los demandados que hayan comparecido, para que la contesten en el plazo de otros veinte días. Si la demanda se formalizó sin haberse recibido el expediente administrativo el emplazamiento a la Administración demandada se hará con apercibimiento de no serle admitida contestación alguna si no va acompañada del expediente.

Primero contestará la Administración demandada y a continuación los demás demandados, si los hubiere, simultáneamente.

Cuando se demande a una Administración local y no se hubiere personado tras el emplazamiento, se le dará no obstante traslado de la demanda para que, en el plazo de veinte días, pueda designar representante en juicio o comunicar al órgano judicial, por escrito, los fundamentos por los que estimare improcedente la pretensión del actor.

Sin embargo, las partes demandadas pueden alegar, dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso (art. 59 LJCA). De ese escrito, el Secretario judicial dará traslado a la actora, que podrá subsanar el defecto en el plazo de diez días, en cualquier otro caso resolverá por auto el Juez o Tribunal.





Conforme a lo previsto en la nueva redacción del art. 40 LJCA, formulados los escritos de demanda y contestación, el Secretario judicial determinará la cuantía del recurso contencioso-administrativo.

Cuando no hubiere indicado nada el demandante en su escrito, el Secretario le requerirá para que fije la cuantía en plazo no superior a diez días, y si el demandado no estuviere de acuerdo con la señalada por el demandante lo expondrá por escrito dentro del término de diez días, resolviendo el Secretario judicial lo procedente. En tal caso el Juez o Tribunal resolverá definitivamente la cuestión en la sentencia, y la parte perjudicada por esta resolución podrá fundar el recurso de queja en la indebida determinación de la cuantía si por causa de ésta no se tuviere por preparado el recurso de casación o no se admitiera el recurso de casación para la unificación de doctrina o el de apelación.

## 5. ACUMULACIÓN DE PROCESOS

A ella se refiere el art. 37 LJCA, que establece que si estuvieren en trámite varios recursos contencioso-administrativos con ocasión de actos, disposiciones o actuaciones en los que concurra alguna de las circunstancias previstas para la acumulación de acciones, el órgano jurisdiccional podrá, previa audiencia de las partes, acordar la acumulación de oficio o a instancia de alguna de ellas.

La nueva redacción dada al apartado 2 del art. 37 pretende favorecer la acumulación de procesos y las buenas prácticas procesales que permitan economizar trámites y la agilización de los recursos. Así, si antes se preveía que estando pendientes una pluralidad de recursos, el órgano judicial podía “no acumularlos y tramitar uno o varios con carácter preferente”, tras la reforma se afirma ahora que “si no se hubiesen acumulado, [el órgano jurisdiccional] deberá tramitar uno o varios con carácter preferente previa audiencia de las partes por plazo común de cinco días, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros”.

Todo ello significa que, no habiendo acumulación, el Juzgado o Tribunal estarían obligados a tramitar uno o varios expedientes con carácter preferente para que, una vez firme la sentencia que recaiga, sean llevados testimonios de la misma a los recursos suspendidos a fin de que los recurrentes puedan instar lo que a su derecho convenga. Conforme a lo previsto también en la nueva redacción del apartado 3 del mismo art. 37, esa petición de los recurrentes podrá ser ahora:

- a) la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 111;
- b) la continuación del procedimiento; o bien
- c) desistir del recurso.





## 6. LA PRUEBA: PROPOSICIÓN, ADMISIÓN Y PRÁCTICA

Pocos cambios ha traído la Ley 13/2009 en torno a la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Así, respecto de la proposición, se incrementa el plazo en que el recurrente podrá pedir recibimiento a prueba si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, que pasa a ser de los tres días a los cinco siguientes al traslado de la misma (art. 60.2 LJCA). También se incrementa de tres a cinco días el plazo que el Juez o Tribunal puede otorgar a las partes para que éstas soliciten aclaraciones al dictamen pericial emitido (art. 60.6 LJCA).

Como nota, si se quiere anecdótica, se ha modificado la redacción del apartado 13 del art. 78 LJCA, para referirse ahora a la prueba de “interrogatorio de parte”, antes conocida como “confesión”, y a las “preguntas”, antes “posiciones”, que deberán proponerse verbalmente, sin admisión de pliegos.

En cuanto al resultado de la prueba, merece destacar que, conforme a la nueva redacción del apartado 4 del art. 61 LJCA, si el Juez o Tribunal hace uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba y las partes no tienen la oportunidad de alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el Secretario judicial pondrá de manifiesto su resultado a las partes, quienes podrán alegar, en el plazo de cinco días, cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia.

## 7. CONCLUSIÓN DEL PROCESO

Salvo que en la Ley se disponga otra cosa, las partes pueden solicitar, en sus escritos de demanda o contestación, que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia. De no haberlo interesado así podrán hacerlo por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.

Si ambas partes lo hubiere solicitado el Secretario judicial proveerá la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

### a) Celebración de vista

Si sólo lo solicita el demandante o si, habiéndose practicado prueba, lo pide cualquiera de las partes, el Secretario judicial acordará la celebración de vista, señalando la fecha de la misma conforme a los criterios establecidos en el artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sobre el desarrollo de la vista, su documentación y la presencia del Secretario judicial durante la misma se seguirán las mismas reglas previstas para los procesos en el orden jurisdiccional civil.





b) Trámite de conclusiones

Si se acuerda trámite de conclusiones escritas, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones. El plazo para hacerlo será de diez días sucesivos para los demandantes y demandados, siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes.

c) Declaración de concluso sin trámite de conclusiones

Conforme a lo previsto en la nueva redacción del art. 57 LJCA, una vez contestada la demanda, el Secretario judicial declarará concluso el pleito para sentencia, sin más trámite, en los siguientes supuestos:

- 1) Si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones y la parte demandada no se opone.
- 2) Si en los escritos de demanda y contestación no se solicita el recibimiento a prueba ni los trámites de vista o conclusiones, salvo que el Juez o Tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, acuerde la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

En ambos casos, si el demandado solicita la inadmisión del recurso se dará traslado al demandante para que en el plazo de cinco días formule las alegaciones que estime procedentes sobre la posible causa de inadmisión, y seguidamente se declarará concluso el pleito.

No procederá esta declaración de concluso si el Juez o Tribunal hace uso de la facultad de acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes. En tal caso, al igual que cuando de modo excepcional se acuerde la celebración de vista o formulación de conclusiones escritas, el Juez o Tribunal revocará la decisión inicialmente adoptada por el Secretario judicial.

## 8. SENTENCIA

No se han producido cambios en los artículos que regulan las sentencias que recaigan en este tipo de procesos que, como dispone el art.67.1 LJA, se dictarán en el plazo de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluso y decidirán todas las cuestiones controvertidas en el proceso. No obstante, si el Juez o Tribunal apreciase que no puede dictar la que corresponda a un caso concreto dentro de ese plazo, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes





## V. FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

### 1. TRANSACCIÓN

El art. 77 LJCA establece que en los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, puede someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia<sup>19</sup>. Ello sólo será posible cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Ese intento de acuerdo podrá producirse en cualquier momento antes de la declaración del pleito como concluso para sentencia, y no suspende el curso de las actuaciones, salvo que todas las partes personadas así lo soliciten.

Finalmente, alcanzado un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

### 2. DESISTIMIENTO

El actor en proceso contencioso-administrativo podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.

En la misma línea trazada para los procesos civiles, en la nueva redacción del art. 74 LJCA se prevé que, planteado el desistimiento, el Secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días. Si éstos prestaren su conformidad o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, el Secretario judicial dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva lo que proceda.

---

<sup>19</sup> Dispone este mismo precepto que los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.





### 3. SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO

Conforme a lo previsto en el art. 76 LJCA, si una vez interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente las pretensiones del demandante en vía administrativa, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Juez o Tribunal.

El apartado 2 de este mismo precepto, de nueva redacción, dispone que el Secretario judicial mandará oír entonces a las partes por plazo común de cinco días y, previa comprobación de lo alegado, el Juez o Tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, siempre que el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. Como puede verse aquí difiere esta forma de terminación de la prevista en el orden civil, donde era resuelta por decreto del Secretario judicial salvo que alguna de las partes hubiere negado la satisfacción extraprocesal.

No obstante lo anterior, si el reconocimiento de las pretensiones del demandante en vía administrativa supusiese una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, el Juez o Tribunal no acordará el archivo y dictará sentencia ajustada a Derecho.

### 4. EL ALLANAMIENTO

Tal y como dispone el art. 75 LJCA los demandados podrán allanarse y entonces, sin otro trámite, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico. En caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho.

Cuando fueren varios los demandados, el procedimiento seguirá respecto de aquellos que no se hubiesen allanado.

## VI. LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS

Quizás uno de los aspectos que más pueden llamar la atención en relación a la regulación de los recursos es la desaparición de las referencias al recurso de súplica que, conforme a la Disposición Adicional Octava introducida por la Ley 13/2009, se deben entender hechas al recurso de reposición<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Ya en el Preámbulo de la Ley 13/2009, se avanza que con la reforma “se unifica la denominación de los recursos interpuestos contra providencias y autos no definitivos en las jurisdicciones civil, social y contenciosa, desapareciendo la referencia al recurso de súplica en las dos últimas, en favor del término ‘recurso de reposición’...”





Al igual que hicimos al tratar de los recursos en el orden civil, podemos distinguir también en el procedimiento contencioso-administrativo:

- a. Resoluciones recurribles en reposición:
  - o Las diligencias de ordenación y decretos no definitivos (art. 102 *bis.1* LJCA), excepto cuando se prevea directamente el recurso de revisión.
  - o Las providencias y autos no definitivos, excepto los autos que resuelvan recursos de revisión y los de aclaración (art. 79 LJCA)
- b. Resoluciones recurribles en revisión
  - o Los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación y en aquellos otros casos en que expresamente se prevea (art. 102 *bis.2* LJCA).
- c. Resoluciones recurribles en apelación:
  - o Las sentencias dictadas por los órganos unipersonales, salvo en los asuntos siguientes (art. 81.1 LJCA):
    - a) Aquellos cuya cuantía no exceda de dieciocho mil euros.
    - b) Los relativos a materia electoral comprendidos en el art. 8º 4<sup>21</sup> (*sic*)

No obstante, son siempre susceptibles de apelación las sentencias:

  - a) Que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.
  - b) Dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
  - c) Que resuelvan litigios entre Administraciones públicas.
  - d) Que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.
  - o Los siguientes autos, dictados también por los órganos unipersonales (art. 80.1 LJCA):

---

<sup>21</sup> La referencia debe entenderse hecha al art. 8.5 LJCA, es decir, a las “impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral”





- a) Los que finalicen la pieza separada de medidas cautelares
- b) Los recaídos en ejecución de sentencia.
- c) Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
- d) Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el art. 8.5<sup>22</sup> (sic).
- e) Los recaídos en aplicación de los arts. 83 y 84, es decir, en la adopción de medidas cautelares y en trámite de ejecución provisional de sentencia recurrida.

Apenas ha habido cambios sustanciales en el objeto, los requisitos de formulación y tratamiento de los recursos extraordinarios. La casación ordinaria, como para la unificación de la doctrina o en interés de ley, así como el juicio o recurso extraordinario de revisión contra sentencias firmes mantienen los mismos rasgos que antes de la reforma.

En cuanto a los efectos que produce la admisión a trámite de los recursos podemos decir que, con carácter general carece de efectos suspensivos la admisión a trámite de ninguno de estos recursos, salvo el recurso de apelación contra las sentencias que, salvo que la Ley disponga otra cosa, es admisible en ambos efectos (art. 83.1 LJCA), es decir, también con efecto suspensivo.

Con la introducción del depósito para recurrir a través de la LO 1/2009, previsto en la nueva Disposición Adicional Decimoquinta, se añade un requisito para la admisibilidad de la impugnación ya que, como previene su apartado 7 “no se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido”.

En general, en la sustanciación de los recursos se ha trasladado, con la reforma, la decisión sobre admisión a trámite de los mismos del Juez o Tribunal al Secretario judicial, en condiciones similares a las previstas para la admisión a trámite de las demandas o del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. Por lo tanto, también aquí la decisión de inadmitir a trámite la impugnación corresponderá siempre al Juez o Tribunal, y no al Secretario judicial, que deberá limitarse a darle cuenta cuando considere que existen razones fundadas para su inadmisibilidad a trámite (arts. 79.4, 85.2, 90.1, 97.3 LJCA).

---

<sup>22</sup> La referencia debe entenderse hecha al art. 8.6 LJCA, que trata de las “autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública”





También corresponde al Secretario judicial declarar desierto el recurso de casación cuando no se hubiere interpuesto en tiempo y forma ante el Tribunal Supremo tras el emplazamiento acordado al tenerse por preparado (art. 92 LJCA).

Conforme al art. 74.8 LJCA, desistido un recurso de apelación o de casación, el Secretario judicial sin más trámites declarará terminado el procedimiento por decreto, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas al órgano jurisdiccional de procedencia.

## VII. OTROS ASPECTOS DE LA REFORMA

Ha habido varios aspectos más que han afectado a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa con la reforma de la misma por Ley 13/2009. Cuestiones generales como en materia de plazos, subsanación de defectos, régimen de señalamientos o la documentación de las vistas deberán ser tenidas en cuenta por los operadores jurídicos a partir de la entrada en vigor de la reforma.

Merece, sin embargo, tratar ahora dos aspectos que, cuantitativa y cualitativamente, tienen una relevancia notoria en el quehacer diario de los profesionales y en la actividad desarrollada en los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa: el proceso de ejecución y el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.

### 1. EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Pese al carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil en aplicación de las reglas que rigen el proceso contencioso-administrativo, éste cuenta con no pocas peculiaridades, entre ellas las que atienden al proceso de ejecución.

En principio, la previsión normativa es que, en los casos de sentencias estimatorias, la propia Administración autora del acto impugnado y declarado nulo sea quien se encargue de su ejecución, incluida en aquello que afecte al efectivo reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente.

También a este respecto la reforma traslada al Secretario buena parte de las competencias y responsabilidades antes atribuidas al Juez o Tribunal. Así, el art. 104 LJCA prevé que, firme que sea la sentencia, el Secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, una vez acusado recibo de la comunicación en idéntico plazo desde la recepción, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquél.

Otros aspectos de la ejecución, como la publicación de edictos (art. 107 LJCA) o el tratamiento inicial de los incidentes que surjan a lo largo de la misma (art. 109 LJCA), incluida la extensión de los efectos de la sentencia (art. 110.4 LJCA) han pasado también a manos del Secretario judicial.





## **2. EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA**

No son demasiado significativos los cambios que la reforma ha traído a esta modalidad procesal en el orden contencioso-administrativo, salvo en los aspectos generales ya repetidos antes de atribuir ahora al Secretario judicial la decisión sobre la admisión a trámite que antes correspondía al Juez o Tribunal y, por consiguiente, la adopción de medidas para la remisión urgente del expediente administrativo.

Como dispone el art. 116.1 LJCA, en el mismo día de la presentación del recurso o en el siguiente, “el Secretario judicial requerirá con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, acompañando copia del escrito de interposición, para que en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del requerimiento remita el expediente acompañado de los informes y datos que estime procedentes”.

Una vez recibido el expediente, el Secretario dicta decreto mandando seguir las actuaciones, salvo si cree que no procede la admisión, en cuyo caso da cuenta al Tribunal, que resolverá lo procedente (art. 117.1 LJCA). Si se apreciaren motivos de inadmisión del procedimiento, el Secretario judicial convocará a las partes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que habrá de tener lugar antes de transcurrir cinco días, en la que se les oirá sobre la procedencia de dar trámite al recurso.





## UNIDAD 8

### OTROS OBJETIVOS DE LA REFORMA (1)

**EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES (EL SEÑALAMIENTO DE LAS VISTAS; LA REALIZACIÓN DE ACTOS DE COMUNICACIÓN POR LOS PROCURADORES); LA POTENCIACIÓN DE LAS GARANTÍAS DEL JUSTICIABLE (GRABACIÓN GENERALIZADA DE LAS VISTAS, DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES); OTRAS MEJORAS TÉCNICAS (SUSTITUCIÓN DE LA PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LOS BOLETINES OFICIALES POR LA UTILIZACIÓN DE MEDIOS TELEMÁTICOS)**

La reforma de la legislación procesal operada por Ley 13/2009 tenía como principal objetivo su adaptación a la nueva oficina judicial. Sin embargo, en la propia exposición de motivos ya se justifica la inclusión de otros objetivos, ya anunciados en el Plan de Transparencia Judicial, como el fomento de buenas prácticas procesales o la potenciación de las garantías del justiciable. A estos “otros objetivos de la reforma” se dedica, pues, esta unidad en la que se detallan algunos de los cambios que vienen a incidir en este propósito, como el señalamiento de las vistas o la generalización de su grabación, o la intervención de los procuradores en actos de comunicación.

### ÍNDICE

<b>I. EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES .....</b>	<b>161</b>
1. ACUMULACIONES .....	161
2. GRABACIÓN DE VISTAS SIN PRESENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL .....	162
3. SEÑALAMIENTO DE VISTAS .....	164
4. PARTICIPACIÓN DE LOS PROCURADORES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN .....	166
<b>II. POTENCIACIÓN DE GARANTÍAS DEL JUSTICIABLE .....</b>	<b>169</b>
1. GRABACIÓN GENERALIZADA DE LAS VISTAS .....	169
2. DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES .....	169
<b>III. OTRAS MEJORAS TÉCNICAS .....</b>	<b>170</b>





## I. EL FOMENTO DE LAS BUENAS PRÁCTICAS PROCESALES

El contenido de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, no se limita a adecuar las disposiciones que regulan la tramitación de los procedimientos de los distintos órdenes jurisdiccionales al nuevo esquema competencial y organizativo. La práctica diaria de los Juzgados y Tribunales ha permitido identificar algunos aspectos de su funcionamiento ordinario cuya mejora podía redundar en una administración de justicia más eficiente y que optimice los recursos materiales y humanos. A continuación pasaremos a analizar alguna de las materias sobre las que, a decir de la propia Exposición de Motivos de la referida Ley, ha incidido en este punto la reforma.

### 1. ACUMULACIONES

En las diversas Leyes de procedimiento se han introducido mecanismos tendentes a facilitar la acumulación de acciones, procesos, recursos o ejecuciones con el fin de evitar la multiplicidad de actuaciones cuando diversos procedimientos tienen el mismo objeto. Con ello pueden paliarse en alguna medida las dilaciones en la tramitación de los pleitos si se concentran los esfuerzos en un único procedimiento, o bien, como en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, si se tramita un pleito testigo, suspendiéndose el resto de recursos en tanto no se resuelva el primero. Cabe añadir que además estas previsiones legales serán el instrumento adecuado para hacer efectivos los objetivos de transparencia en las actuaciones de los órganos judiciales y la correcta evaluación del desempeño de sus titulares.

Respecto a la competencia para decidir esta acumulación, el legislador ha entendido coherente que, al corresponder con carácter general al secretario judicial la admisión de las demandas, sea él mismo el encargado de decidir si debe procederse a la tramitación de diversas acciones en un mismo procedimiento, puesto que en ambos casos nos encontramos con la presentación inicial de una pretensión ante los órganos judiciales.

Igual criterio adopta el artículo 555 respecto a la acumulación de ejecuciones.

Sin embargo, la inadmisión de las acciones acumuladas que lleven aparejada como consecuencia la inadmisión de la demanda, deberá ser decidida por la autoridad jurisdiccional, para evitar lesionar el derecho de los ciudadanos al acceso a la justicia.

La acumulación de procesos ya sustanciados, y que por tanto han pasado a ser objeto de conocimiento en el ámbito jurisdiccional, deberá ser decidida por jueces y magistrados, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil mejora el orden sistemático de las acumulaciones de procesos, al agrupar en su artículo 75 los supuestos excepcionales de acumulación de oficio que, por razón de la especialidad de su materia (procesos incoados para la protección de los derechos difusos de consumidores y usuarios; impugnación de acuerdos sociales adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una





misma sesión de un órgano colegiado de administración), se regulaban hasta ahora por separado.

Con objeto de evitar la dispersión de los procedimientos de los que deban conocer los Juzgados de lo Mercantil, cuando exista más de uno con esta competencia en un partido judicial, se establece como regla de prioridad el tener conocimiento del procedimiento más antiguo.

Procede la acumulación de procesos declarativos que se sustancian por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales, siempre que concurra alguna prevista en la ley. La Ley 13/2009 introduce un nuevo criterio en el artículo 77 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la acumulación de un proceso verbal y uno ordinario, entendiéndose que no se produce pérdida ninguna de derechos, debiendo ordenar el Tribunal *“en el auto por el que acuerde la acumulación, y de ser necesario, retrotraer hasta el momento de admisión de la demanda las actuaciones del juicio verbal que hubiere sido acumulado, a fin de que siga los trámites previstos para el juicio ordinario”*.

## 2. GRABACIÓN DE VISTAS SIN PRESENCIA DEL SECRETARIO JUDICIAL

La atribución del ejercicio de la fe pública judicial al Cuerpo de secretarios judiciales, identificada tradicionalmente con la labor de dejar constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal, mediante las oportunas actas y diligencias, se ha visto sustancialmente beneficiada por la incorporación de las nuevas tecnologías al ámbito de la justicia.

En los últimos años se ha generalizado en nuestros juzgados la grabación de los actos de juicio, permitiendo que, junto al acta extendida por el fedatario público – que ya la LEC de 2000 preveía que fuera sucinta cuando existiera la grabación -, se disponga de un medio en el que queden recogidas íntegramente las manifestaciones vertidas ante el tribunal.

Por otra parte, el diseño de la nueva oficina judicial descansa en gran parte sobre la figura del secretario judicial, que ve sustancialmente incrementadas sus competencias en la dirección del proceso y su capacidad resolutoria, por lo que resulta de especial interés asegurar que no realice otras funciones adicionales en las que su presencia no sea absolutamente imprescindible. De esta forma, se aumenta el número de secretarios judiciales que pueden ser destinados a las labores de los servicios comunes, y se abren vías para que un solo secretario pueda realizar con mayor comodidad funciones en más de una unidad procesal de apoyo directo.

Por tanto, el legislador ha optado por articular un medio que permita la realización de actos de juicio sin presencia del secretario judicial. En concreto, el artículo 146 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los demás concordantes de las otras leyes procesales, establece en su nueva redacción:





*“1. Las actuaciones procesales que no consistan en escritos y documentos se documentarán por medio de actas y diligencias. Cuando se utilicen medios técnicos de grabación o reproducción, el secretario judicial garantizará la autenticidad de lo grabado o reproducido.*

*2. Cuando la Ley disponga que se levante acta, se recogerá en ella, con la necesaria extensión y detalle, todo lo actuado.*

*Si se tratase de actuaciones que conforme a esta Ley hayan de registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción, y el secretario judicial dispusiere de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, el documento electrónico así generado constituirá el acta a todos los efectos.*

*Si los mecanismos de garantía previstos en el párrafo anterior no se pudiesen utilizar el secretario judicial deberá consignar en el acta los siguientes extremos: número y clase de procedimiento, lugar y fecha de celebración, tiempo de duración, asistentes al acto, peticiones y propuestas de las partes, en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas, resoluciones que adopte el Juez o Tribunal, así como las circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.*

*En estos casos, o cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el acta se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos”.*

Por su parte, el artículo 147, relativo a la documentación de las actuaciones mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido dispone:

*“Las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal, se registrarán en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen.*

*Siempre que se cuente con los medios tecnológicos necesarios, el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías. En este caso, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del secretario judicial salvo que lo hubieran solicitado las partes, al menos dos días antes de la celebración de la vista, o que excepcionalmente lo considere necesario el secretario judicial atendiendo a la complejidad del asunto, al número y naturaleza de las pruebas a practicar, al número de intervinientes, a la posibilidad de que se produzcan incidencias que no pudieran registrarse, o a la concurrencia de otras circunstancias igualmente excepcionales que lo justifiquen. En estos casos, el secretario judicial extenderá acta sucinta en los términos previstos en el artículo anterior.*

*El secretario judicial deberá custodiar el documento electrónico que sirva de soporte a la grabación.*

*Las partes podrán pedir, a su costa, copia de las grabaciones originales”.*

Por tanto, en el nuevo marco legal caben las siguientes posibilidades:

- Salas de vistas SIN sistema de grabación- Necesaria la presencia en sala del secretario judicial para extender la correspondiente acta extensa.





- Salas de vistas CON sistema de grabación SIN garantía de autenticidad e integridad de lo grabado mediante firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que ofrezca las mismas garantías conforme a la ley- El secretario judicial deberá estar presente en el acto del juicio y extender acta sucinta.
- Salas de vistas con sistema de grabación y garantías de autenticidad e integridad de lo grabado- La vista podrá realizarse sin la presencia del secretario judicial, salvo cuando las partes hayan solicitado su presencia o concurra alguna de las circunstancias excepcionales previstas en el art. 147 LEC.

Como excepción, y para evitar problemas interpretativos, la Ley Concursal requiere ineludiblemente la presencia del secretario judicial en las Juntas de Acreedores incluso aunque exista un sistema de grabación con todas las garantías, ya que en éstas no interviene únicamente en su calidad de fedatario, sino como miembro de la misma.

### 3. SEÑALAMIENTO DE VISTAS

La diversidad de infraestructuras de las que disponen los distintos partidos judiciales, y el aumento de órganos judiciales sin disponer siempre de infraestructuras adecuadas para garantizar la óptima disposición de los recursos ya existentes, han generado en la práctica frecuentes situaciones de carencia de salas de vistas para realizar señalamientos con la cadencia adecuada por parte de algunos órganos, o, en el otro extremo, situaciones de infrautilización de espacios por estar asociadas algunas salas de vistas a determinados órganos en exclusiva o, sencillamente, no disponer de la información precisa sobre señalamientos que hubiera permitido planificar su uso cuando no estuvieran siendo utilizadas.

La filosofía de la nueva oficina judicial pretende un uso adecuado y racional de todos los medios, personales y humanos, al servicio de la administración de justicia, lo que, en este aspecto en concreto, implica velar por la utilización intensiva de todas las salas de vistas disponibles, lo que requiere de una coordinación entre todos los señalamientos de los órganos de un partido judicial.

Técnicamente, esta ordenación se realizará a través de una agenda programada de señalamientos, en la que se constarán los días reservados a señalamientos de cada órgano judicial y, en función de las infraestructuras disponibles y la planificación que se acuerde, la asignación de la sala de vistas en que se habrá de realizar el acto.

Esta agenda programada de señalamientos es la referida en el artículo 182.4 LEC, en su nueva redacción, que establece el siguiente procedimiento para fijar la fecha de las vistas:

- En órganos colegiados, corresponde al presidente de la sala o sección fijar día y hora para la deliberación y votación de los asuntos que deban fallarse sin celebración de vista.





- La misma facultad les corresponde cuando la decisión de convocar, reanudar o señalar de nuevo un juicio, vista o trámite equivalente se adopte en el transcurso de cualquier acto procesal ya iniciado y que presidan, siempre que puedan hacerla en el mismo acto. Siempre deberán tenerse en cuenta las necesidades de la agenda programada de señalamientos.
- Los titulares de órganos jurisdiccionales unipersonales y los Presidentes de Sala o Sección en los Tribunales colegiados fijarán criterios generales y darán las concretas y específicas instrucciones con arreglo a los cuales se realizará el señalamiento de las vistas o trámites equivalentes.

Estos criterios deberán referirse a los extremos siguientes:

- 1º. La fijación de los días predeterminados para tal fin, que deberá sujetarse a la disponibilidad de Sala prevista para cada órgano judicial y a la necesaria coordinación con los restantes órganos judiciales.
  - 2º. Horas de audiencia.
  - 3º. Número de señalamientos.
  - 4º. Duración aproximada de la vista en concreto, según hayan podido determinar una vez estudiado el asunto o pleito de que se trate.
  - 5º. Naturaleza y complejidad de los asuntos.
  - 6º. Cualquier otra circunstancia que se estime pertinente.
- Respetando los criterios generales antedichos, el secretario judicial responsable de la agenda programada fijará la fecha concreta del acto, atendiendo a las circunstancias siguientes:
    - 1º. El orden en que los procedimientos lleguen a estado en que deba celebrarse vista o juicio, salvo las excepciones legalmente establecidas o los casos en que el órgano jurisdiccional excepcionalmente establezca que deben tener preferencia. En tales casos serán antepuestos a los demás cuyo señalamiento no se haya hecho.
    - 2º. La disponibilidad de sala prevista para cada órgano judicial.
    - 3º. La organización de los recursos humanos de la oficina judicial.
    - 4º. El tiempo que fuera preciso para las citaciones y comparencias de los peritos y testigos.





5º. La coordinación con el Ministerio Fiscal en los procedimientos en que las Leyes prevean su intervención.

Las principales leyes procesales de cada orden jurisdiccional se han modificado en un sentido similar, haciendo referencia a este precepto de la LEC como norma supletoria.

Respecto a las especialidades derivadas del orden jurisdiccional, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 785.2 LECrim, según el cual *“el señalamiento de fecha para el juicio se hará teniendo en cuenta la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa.”*

#### 4. PARTICIPACIÓN DE LOS PROCURADORES EN LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN

Podemos clasificar los actos de comunicación que un órgano judicial puede realizar en el curso de un proceso en:

- Actos de comunicación con las partes (notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos)

En relación a la intervención del procurador en tales actos distinguiremos:

- Actos de comunicación para con la parte a la que representan.

Conforme a lo previsto en el art. 152.2 LEC, cuando hubiere de comunicarse el órgano judicial con las partes que estén personadas en el proceso con representación de procurador, los actos de comunicación se efectuarán a través de éste.

Es por esta circunstancia que, entre las obligaciones que contrae el procurador al aceptar poder, el art. 26 LEC contempla la de tener al poderdante y al abogado elegido por éste (o designado por turno) siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los procuradores de las demás partes. En relación al abogado está también obligado a transmitirle los documentos, antecedentes o instrucciones que se le remitan o pueda adquirir.

Precisamente por ello, el procurador, conforme a lo dispuesto en el art. 28 LEC, oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste.

- Actos de comunicación para con la parte contraria.





El art. 152 LEC presenta nueva redacción tras la reciente reforma, al disponer que los actos de comunicación, realizados bajo la dirección del secretario judicial, se ejecutarán por:

- a) Los funcionarios del Cuerpo de Auxilio Judicial.
- b) El procurador de la parte que así lo solicite, a su costa.

Con ello, se ha roto con la tradición en nuestro ordenamiento procesal de mantener el monopolio de las comunicaciones del órgano judicial a las partes entre el personal al servicio de la Administración de Justicia. Ahora el procurador podrá intervenir en el diligenciamiento del acto de comunicación de modo directo, es decir, actuando como agente comunicador.

El acto de comunicación se tiene por válidamente realizado en cuanto quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona o en el domicilio del destinatario. A tales efectos, añade el art. 152 LEC, que *“el procurador acreditará, bajo su responsabilidad, la identidad y condición del receptor del acto de comunicación, cuidando de que en la copia quede constancia de su firma y de la fecha en que se realice”*.

Conforme al reformado art. 161 LEC, la comunicación por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula se documenta por medio de diligencia que debe firmar el funcionario o, en su caso, el procurador que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar.

Ese mismo precepto prevé la eventualidad de que el destinatario de la comunicación fuere hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega. En tal caso el funcionario, o bien el procurador que hubiere asumido su práctica, le hará saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la oficina judicial, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia.

El procurador deberá auxiliarse por dos testigos o cualquier otro medio idóneo en los actos de comunicación que hubiere realizado cuando se dé en ellos alguna de las siguientes circunstancias:

- a. que el destinatario se negare a firmar;
- b. si no los hubiera podido entregar a su destinatario por haberse negado éste a recibirla; o
- c. si se hubiere practicado con el empleado, familiar o persona con la que conviva, mayor de 14 años, que se encuentre en ese lugar, o con el conserje de la finca.

Pero el art. 152 LEC no sólo prevé la práctica del acto de comunicación mediante entrega directa de copia de la resolución o cédula, sino que además contempla la posibilidad de remisión de lo que haya de comunicarse mediante correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado.





A este respecto, el art. 160 LEC señala que cuando proceda la remisión de la copia de la resolución o de la cédula por alguno de estos medios el secretario judicial dará fe en los autos de la remisión y del contenido de lo remitido, y unirá a aquéllos, en su caso, el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción “o la documentación aportada por el procurador que así lo acredite, de haber procedido éste a la comunicación”. De ello se desprende que la remisión de la copia de la resolución o de la cédula por estos medios puede hacerse por el procurador de la parte interesada.

- Actos de comunicación con organismos, instituciones y personas ajenas al propio proceso (solicitudes de cooperación judicial o exhortos, mandamientos, oficios)

La reforma operada por Ley 13/2009 ha afectado también al art. 26 LEC, disponiendo que, una vez aceptado el poder, el procurador vendrá obligado también “a la realización de los actos de comunicación y otros actos de cooperación con la Administración de Justicia que su representado le solicite, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales”.

Cuando hubieren de practicarse actuaciones fuera del ámbito territorial de actuación del órgano judicial que los hubiere ordenado, deberá hacerse mediante auxilio judicial, que prestará el que correspondiere al lugar en que el destinatario se hallare. Deberá acompañarse al despacho la copia o cédula correspondiente y lo demás que en cada caso proceda. También podrán ser realizados estos actos, a instancia de parte, por procurador legalmente habilitado para actuar ante el órgano exhortado, encargándose de su cumplimiento en los mismos términos y plazos establecidos en el párrafo anterior (art. 165 LEC).

También al hablar del diligenciamiento de mandamientos y oficios se prevé en el art. 167 LEC que, aunque unos y otros pueden ser remitidos directamente por el secretario judicial que los expida, las partes podrán encargarse personalmente de ello. Ese mismo precepto añade que, en todo caso, la parte a cuya instancia se hubieren librado deberán satisfacer los gastos que requiera el cumplimiento de tales despachos.

Pese a lo anterior, y conforme a lo previsto en el art. 243.2 LEC, la parte que hubiere corrido con tales gastos no podrá incluirlos en la tasación de costas, para repercutirlos en quien hubiere sido condenado a su pago.

Por lo que respecta a las responsabilidades que el procurador asume con la gestión de tales despachos, el art. 168.2. LEC dispone que el procurador que incurriere en dolo, negligencia o morosidad en los actos de comunicación cuya práctica haya asumido o no respetare alguna de las formalidades legales establecidas, causando perjuicio a tercero, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados y podrá ser sancionado conforme a lo dispuesto en las normas legales o estatutarias. La redacción de este precepto ha sufrido una modificación tras la reciente reforma por Ley 13/2009, incorporando la “negligencia” como uno de los comportamientos del procurador generadores de responsabilidad. Con ello se ha pretendido ampliar las obligaciones de estos profesionales más allá del comportamiento o actitud dolosa ya prevista en la





anterior redacción, previendo también la responsabilidad del procurador por la desatención culpable en el cumplimiento de sus obligaciones como portador del despacho.

## II. POTENCIACIÓN DE GARANTÍAS DEL JUSTICIABLE

### 1. GRABACIÓN GENERALIZADA DE LAS VISTAS

La importante modificación a la que nos hemos referido anteriormente y que afectaba al art. 147 LEC prevé la grabación de las actuaciones orales en vistas, audiencias y comparecencias celebradas ante el Tribunal. Ciertamente que esta posibilidad ya estaba contemplada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien ahora cuando se cuente con los medios tecnológicos necesarios el secretario judicial garantizará la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido mediante la utilización de la firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que conforme a la Ley ofrezca tales garantías. En este caso, y salvo determinadas circunstancias, la celebración del acto no requerirá la presencia en la sala del secretario judicial.

La reforma ha extendido también esta misma posibilidad a la celebración de las sesiones de juicio oral en el orden penal (art. 743 LECRIM); en el orden jurisdiccional social (art. 89 LPL); y en el contencioso-administrativo (art. 63 LJCA). Sirvan aquí todas las indicaciones expuestas anteriormente al tratar las distintas posibilidades de celebración en función de las disponibilidades y características de los sistemas de grabación de las salas de vistas.

### 2. DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES

También ha habido cambios significativos en la documentación de las actuaciones. En particular, y como ya veíamos antes, al hablar del art. 146 LEC, la documentación se hará por medio de actas y diligencias escritas, a menos que se utilicen medios técnicos de grabación.

En todo caso, el acta deberá recoger todo lo actuado, con la necesaria extensión y detalle. Así ocurrirá, obviamente, cuando se trate de actuaciones registradas en soporte apto para la grabación y el secretario judicial disponga de firma electrónica reconocida u otro sistema de seguridad que garantice la autenticidad e integridad de lo grabado, ya que, en tal caso, el documento electrónico así generado constituye el acta a todos los efectos.

Cuando por cualquier circunstancia no puedan emplearse los medios de grabación en los términos antes apuntados, será necesario extender acta por escrito en la que el secretario judicial deberá consignar:

- el número y clase de procedimiento;
- lugar y fecha de celebración;
- tiempo de duración;





- asistentes al acto;
- peticiones y propuestas de las partes;
- en caso de proposición de pruebas, declaración de pertinencia y orden en la práctica de las mismas;
- resoluciones que adopte el Juez o Tribunal;
- todas las demás circunstancias e incidencias que no pudieran constar en aquel soporte.

En estos casos, o cuando los medios de registro previstos en este artículo no se pudiesen utilizar por cualquier causa, el acta se extenderá por procedimientos informáticos, sin que pueda ser manuscrita más que en las ocasiones en que la sala en que se esté celebrando la actuación careciera de medios informáticos (además del art. 146 LEC, véanse los arts. 743 LECrim, 89 LPL y 63 LJCA).

### III. OTRAS MEJORAS TÉCNICAS

Algunas de las mejoras introducidas en la legislación procesal a través de la reforma operada por Ley 13/2009, persiguen perfeccionar el tratamiento procesal de determinadas instituciones y mecanismos ya previstos desde hace tiempo en nuestro ordenamiento. Tal es el caso previsto en el art. 156 LEC, que dispone la comunicación edictal para quienes, tras haber hecho uso de todos los instrumentos legales a fin de localizar su domicilio o paradero, con resultado infructuoso. En tal caso es, ahora, el secretario judicial quien mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o de la cédula en el tablón de anuncios de la oficina judicial.

El precepto reformado dispone además que, en todo caso, deberán quedar salvaguardados los derechos e intereses de los menores, así como otros derechos y libertades que se puedan ver afectados por el anuncio.

La notificación de la sentencia al demandado rebelde cuyo paradero fuere desconocido también ha tenido algunos cambios, al preverse ahora que la notificación que deba hacerse mediante publicación de edicto en los boletines oficiales se haga mediante divulgación de sólo un extracto de la sentencia o resolución que se pretende notificar (art. 497.2 LEC).

En los casos en que la sentencia no tenga efectos de cosa juzgada tampoco será necesaria la publicación de edictos en los diarios oficiales, bastando con la que se haga en el tablón de anuncios de la oficina judicial.

Por último, y también como novedad en cualquiera de los anteriores supuestos, se prevé que tal publicidad pueda ser sustituida, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos.





## UNIDAD 9

### OTROS OBJETIVOS DE LA REFORMA (Y 2)

En esta Unidad se abordan los restantes objetivos de la reforma procesal que no se analizaron en la anterior. En particular, se verán primero, aquellas reformas procesales que buscan una agilización de procesos, y, segundo, se analiza en detalle la nueva institución del depósito para recurrir. En lo que hace a las reformas por una mayor agilidad de los procesos judiciales, éstas pueden tener muy distinta naturaleza: desde las que buscan simplificar los procedimientos hasta las que implican modificaciones organizativas en juzgados y tribunales a fin de mejorar los tiempos de respuesta de la Justicia. En este primer epígrafe se analizan, en particular dos cuestiones: el régimen de constitución del tribunal de apelación en el caso de los juicios verbales, y la creación de los Jueces de Adscripción Territorial (JAT). El segundo epígrafe analiza en profundidad una nueva institución de nuestro Derecho procesal, cual es el depósito para recurrir, un depósito cuyo fundamental objeto es disuadir a los recurrentes de interponer recursos con finalidad meramente dilatoria.

### ÍNDICE

<b>I. AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS .....</b>	<b>172</b>
1. EL RÉGIMEN DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LOS JUICIOS VERBALES .....	172
2. JUECES DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL.....	172
<b>II. DEPÓSITO PARA RECURRIR .....</b>	<b>173</b>
1. NATURALEZA Y OBJETO DEL NUEVO DEPÓSITO PARA RECURRIR .....	174
2. FINALIDADES PERSEGUIDAS.....	175
A) DISUADIR DE LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS SIN FUNDAMENTO .....	175
B) PROMOVER LA SERIEDAD DE LOS RECURSOS TANTO ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS.....	175
C) REFUERZA LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD, ACIERTO Y VERDAD DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DICTADA EN PRIMERA INSTANCIA.....	175
D) CONSTITUYE UNA GARANTÍA PARA EL RECURRIDO EN APELACIÓN O CASACIÓN .....	175
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	176
4. FORMA Y TIEMPO PARA SU CONSTITUCIÓN .....	178
5. SUBSANACIÓN .....	179
6. RECUPERACIÓN O PÉRDIDA DEL DEPÓSITO.....	179
7. DESTINO DEL DEPÓSITO .....	180





## I. AGILIZACIÓN DE LOS PROCESOS

Estas reformas son de muy distinta naturaleza. Algunas de ellas pueden calificarse de mejoras tendentes a la simplificación del procedimiento y consecuentemente a su agilización. Otras, en cambio, tienen por objeto la transformación de aspectos orgánicos —tales como el régimen de constitución del tribunal de apelación— a fin de mejorar los tiempos de respuesta de la Justicia. Asimismo, se han introducido nuevas instituciones —como el depósito para recurrir o los jueces de adscripción territorial— con las que también se pretende agilizar o, en su caso, evitar el abuso del proceso.

### 1. EL RÉGIMEN DE LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN EN LOS JUICIOS VERBALES

En la LO 1/2009 se ha dado nueva redacción al art. 82 de la LOPJ que posibilitará una tramitación más ágil de la apelación civil. Se prevé que la tramitación de los recursos de apelación frente a las resoluciones dictadas por los jueces de primera instancia en procesos seguidos por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía puedan ser resueltos por un solo magistrado de la Audiencia Provincial, que será designado por turno de reparto. En este punto, se ha seguido con el precedente y la experiencia de los juicios de faltas fallados por los jueces de instrucción.

Esta forma de constitución del tribunal de apelación sólo afecta a los juicios verbales por razón de la cuantía. De modo que, no será de aplicación a todos a aquellos supuestos en los que el juicio verbal se sigue por razón de la materia, ni tampoco a aquellos procesos especiales, como por ejemplo los de familia, en los que se efectúa una remisión al juicio verbal (art. 770 LEC).

Esto que en principio pudiera hacer pensar que nos encontramos ante una reforma con una trascendencia ciertamente relativa, debe ser matizado pues debe tenerse presente que la Ley 13/2009 eleva la cuantía del juicio verbal hasta los 6.000 euros. Esta circunstancia permitirá que muchos asuntos se vean favorecidos no sólo por la tramitación más sencilla del juicio verbal, sino también por esta disposición que agilizará el conocimiento de sus apelaciones. Además, debe precisarse que esta forma de constitución del órgano de apelación en nada menoscaba el régimen de garantías del apelante.

Por tanto, con esta reforma se logrará reducir el tiempo de respuesta en la segunda instancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no requieren ser resueltos por un órgano colegiado.

### 2. JUECES DE ADSCRIPCIÓN TERRITORIAL

También ha de contribuir a la agilización de la Justicia, y a mejorar los estándares de calidad, la nueva figura del “juez de adscripción territorial”. Se encuentra prevista en el nuevo art. 247 bis de la LOPJ. Consiste en crear, en el ámbito de la comunidad autónoma, determinadas plazas de jueces que serán servidas por miembros de la carrera





judicial que, en lugar de encontrarse asignados a un juzgado o tribunal concreto, quedarán a disposición del Presidente del Tribunal Superior de Justicia para cubrir las plazas por ausencias prolongadas. De este modo, por designación del Presidente del TSJ, los jueces de adscripción territorial ejercerán sus funciones jurisdiccionales en las plazas que se encuentren vacantes, como refuerzo de órganos judiciales o en aquellas otras cuyo titular se prevea que estará ausente por tiempo superior a un mes.

La Ley persigue con ello evitar, o al menos reducir todo lo posible, los supuestos en los que la función jurisdiccional está siendo ejercida por personas que no son miembros de la carrera judicial, como son los supuestos en que las plazas son cubiertas por jueces sustitutos o los magistrados suplentes. De este modo, no es sólo que se mejore el sistema en la medida en que la función jurisdiccional es ejercida por miembros de la carrera judicial, sino también porque esta fórmula, en principio, puede resultar muy eficaz para cubrir con mayor agilidad las vacantes.

De este modo, se logran dos resultados ciertamente positivos como son los de reducir en la medida de lo posible la interinidad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, al tiempo que se potencia su desempeño por miembros de la carrera judicial, y mejorar los tiempos en que se da cobertura a las vacantes de los tribunales.

Consecuentemente con esta reforma se introduce una Disposición Adicional Octava a la Ley 15/2003, de 26 de mayo, reguladora del régimen retributivo de las carreras judicial y fiscal, a fin de contemplar sus retribuciones.

## II. DEPÓSITO PARA RECURRIR

El depósito para recurrir se introduce por la LO 1/2009, que incorpora una nueva Disposición Adicional, que hace la decimoquinta de la LOPJ<sup>23</sup>.

La obligación de consignar y de prestar depósitos es objeto de una amplia tradición en nuestro ordenamiento procesal y comienza, en concreto en el orden social, con la Ley de Tribunales Industriales de 1912. Si bien es cierto que desde un primer momento se plantearon dudas sobre la posible constitucionalidad de la obligatoriedad de la constitución del depósito y de la consignación, el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos<sup>24</sup> ha mantenido la constitucionalidad de los mismos

---

<sup>23</sup> Esta disposición ha sido completada con la Instrucción 8/2009 dictada por el Ministerio de Justicia en fecha 4 de noviembre de 2009 que regula determinados aspectos relacionados con el procedimiento de consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones.

Instrucción que se dicta al amparo de lo dispuesto en la DA 9ª de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ, del art. 452.1 de dicha norma y de lo previsto en el art. 21 del Real Decreto 1608/2005, de 30 de diciembre, Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, que contemplan la posibilidad de establecer criterios uniformes y coordinados de actuación de éstos y trataba de dar a los secretarios judiciales una pautas sobre la operativa a seguir en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones Judiciales en relación con estos ingresos.

<sup>24</sup> Cfr. las SSTC núms. 3/83, 52/83, 65/83, 46/84 y 59/89.





manifestando que no puede sostenerse que la ordenación de los recursos de casación y suplicación sujetándolos a una carga moderada y completada con un sistema de exenciones, afecte a la esencia de ese derecho, pues no impide esos recursos, ni los condiciona a exigencias desproporcionadas.

Sin embargo, por vez primera, los ingresos procedentes de los depósitos perdidos y los rendimientos de la cuenta generarán crédito en los estados de gastos de la sección 13 «Ministerio de Justicia» (a diferencia de lo que ocurre actualmente con las tasas judiciales y los depósitos existentes hasta el momento). Ingresos que se destinarán tal como se prevé en la propia DA 15ª LOPJ a la modernización de la Administración de Justicia y a la financiación de la asistencia jurídica gratuita.

### 1. NATURALEZA Y OBJETO DEL NUEVO DEPÓSITO PARA RECURRIR

El depósito para recurrir introducido por la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ no constituye tasa alguna impuesta por el ejercicio del derecho al recurso de las partes, pues si de una tasa se tratase no se contemplaría la devolución de la cantidad pagada en caso de estimación del mismo. Así pues, se trata de una carga procesal, que no precisa de ningún tipo de decisión judicial concreta y cuya finalidad esencial sería la de evitar el abuso del proceso.

Este depósito únicamente se aplica a la interposición de recursos que deban tramitarse por escrito. Así pues, quedan excluidos los recursos orales (*ex arts. 210 y 285 de la LEC*). Asimismo, se excluye expresamente la constitución del depósito en los recursos de reposición exigidos por la ley con carácter previo a la interposición de un recurso de queja, puesto que de lo contrario sería exigir dos depósitos por un mismo recurso, ya que la reposición es simplemente un requisito imprescindible para poder interponer el recurso de queja.

En último lugar, hay que señalar que esta regulación no afectará a la interposición de los recursos de suplicación o de casación en el orden jurisdiccional social, ni de revisión en el orden jurisdiccional civil, que continuarán regulándose por lo previsto, respectivamente, en la Ley de Procedimiento Laboral (art. 227.1, apdos. a) y b) y 234 y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 513.1)<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> El art. 513.1 LEC se fija una cuantía de 300 euros para interponer la demanda de revisión. En el art. 227.1 apdos. a) y b) de la LPL se fija un depósito de 150,25 euros para la suplicación y de 300,51 euros para los recursos de casación, casación para unificación de doctrina y por remisión del art. 234 para la revisión de sentencias firmes. Estas cuantías serán de 150 y 300 euros respectivamente a partir de mayo de 2010, pues precisamente una de las finalidades de la Ley 13/2009, era la de redondear las cuantías.





## 2. FINALIDADES PERSEGUIDAS

Aunque la DA 15ª de la LOPJ contempla expresamente el destino de los ingresos generados como consecuencia de la pérdida de los depósitos por inadmisión o desestimación de los recursos, su finalidad no es recaudatoria, pues de haber pretendido que esto fuese así se habría configurado como una tasa judicial y su cuantía hubiese sido sin duda más elevada. Tal y como se explica en la exposición de motivos su fin principal es disuadir a quienes recurran sin fundamento jurídico alguno, para que no prolonguen indebidamente el tiempo de resolución del proceso en perjuicio del derecho a la tutela judicial efectiva de las otras partes personadas en el proceso. Así pues, a través de este recurso se consigue:

### A) Disuadir de la interposición de recursos sin fundamento

La consignación pretenden disuadir de la interposición de recursos meramente dilatorios, se trata de evitar un uso abusivo o de mala fe de los recursos por parte de quien trata única y exclusivamente de perjudicar a la parte procesal contraria, dilatando en la medida de lo posible la firmeza de la sentencia aún a sabiendas de la poca viabilidad de su pretensión.

### B) Promover la seriedad de los recursos tanto ordinarios como extraordinarios

Asimismo, se trata por medio del depósito de asegurar la seriedad de los recursos tanto de corte extraordinario (casación) como los ordinarios (apelación), en un sistema en el que no olvidemos el acceso a la justicia es el derecho constitucional mientras que el derecho a los recursos (salvo en penal) es un derecho de configuración legal.

El establecimiento de una moderada carga, que no afecta al contenido esencial del derecho, permite reprimir la contumacia del litigante vencido.

### C) Refuerza la presunción de legitimidad, acierto y verdad de la resolución judicial dictada en primera instancia

Tampoco se puede olvidar que el recurso impugna una sentencia que ha sido declarada en un proceso con todas las garantías constitucionales. No se grava el acceso a la justicia sino la eventualidad de revisar una resolución judicial con las connotaciones que ello conlleva.

### D) Constituye una garantía para el recurrido en apelación o casación

El depósito también puede ser considerado una garantía de la promoción de una igualdad real, que en el ámbito de la relación jurídico-procesal podría justificar un mínimo de desigualdad formal en beneficio del que obtuvo una sentencia favorable en primera instancia.

El tiempo de duración de los recursos puede ser utilizado por la parte más fuerte para obligar a la parte contraria a la realización en ocasiones de transacciones, desistimientos o allanamientos. Es la distinta posición de las partes en el proceso la que aconseja la adopción de medidas legales que tiendan a garantizar el cumplimiento de la sentencia desde el momento en que se dicta. Debe tenerse presente que quien obtiene





un sentencia en primera instancia que es recurrida ya se ha visto obligado a acudir a la jurisdicción para el reconocimiento de su derecho.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL			
Personas obligadas al pago del depósito	Tipo de Recurso	Cu antía	Consignación
	Reposición	€ 25	Interposición
	Revisión de resoluciones del secretario judicial	€ 25	Interposición
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Personas físicas</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>↳ <i>Excepto:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>☑ Supuestos de reconocimiento del beneficio de justicia gratuita (art. 6.5 LAJG)</li> <li>☑ Para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales, cuando se tengan la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social aptdo. 1 DA 15ª LOPJ).</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul>	Apelación	€ 50	Preparación
	Queja	€ 30	Presentación
	Extraordinario por infracción procesal	€ 50	Preparación
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Personas jurídicas de naturaleza privada</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>↳ <i>Excepto:</i> <ul style="list-style-type: none"> <li>☑ Que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.</li> </ul> </li> </ul> </li> <li>▪ <i>Personas jurídicas de naturaleza pública se encuentran exentas en virtud de la Ley 52/1997, de 27 de Noviembre y aptdo. 5 de la DA 15ª LOPJ</i></li> </ul>	Rescisión de sentencia firme a instancia de rebelde	€ 50	Demanda
	Casación	€ 50	Preparación
	Revisión	300 €	Demanda

ORDEN JURISDICCIONAL PENAL			
Personas obligadas al	Tipo de recurso	Cu antía	Consignación





<p><b>pago:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Acusación popular</i></li> </ul> <p><b>Personas exentas:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Acusación particular-Actor civil</i></li> <li>▪ <i>Responsables civiles</i></li> <li>▪ <i>Imputado</i></li> <li>▪ <i>Personas jurídicas de naturaleza pública se encuentran exentas en virtud de la Ley 52/1997, de 27 de Noviembre y aptdo. 5 de la DA 15ª LOPJ</i></li> </ul>	Reforma/Súplica	25 €	Interposi ción
	Revisión de resoluciones del Secretario judicial	25 €	Interposi ción
	Apelación	50 €	Interposi ción
	Queja	30 €	Presentac ión
	Casación	50 €	Preparaci ón
	Revisión de sentencia firme	50 €	Demanda

ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO			
Personas exentas:	Tipo de Recurso	Cuantía	Consig nación
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Los ciudadanos extranjeros que gocen de asistencia jurídica gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo (art. 2.e LAJG)</i></li> <li>▪ <i>Los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social para los litigios que sobre esta materia se sustancien ante el orden contencioso-administrativo que gocen de asistencia jurídica gratuita (art. 2.d LAJG)</i></li> <li>▪ <i>Personas jurídicas de naturaleza pública se encuentran exentas en virtud de la Ley 52/1997, de 27 de Noviembre y aptdo. 5 de la DA 15ª LOPJ</i></li> </ul>	Reposición <sup>26</sup> /Súplica	25 €	Interpos ición
	Revisión de resoluciones del Secretario judicial	25 €	Interpos ición
	Apelación	50 €	Interpos ición
	Queja	30 €	Presenta ción
	Casación	50 €	Preparac ión
	Revisión de sentencia firme	50 €	Demand a

<sup>26</sup> En vigor a partir del día 4 de mayo de 2010.





ORDEN JURISDICCIONAL LABORAL			
<i>Personas exentas:</i>	Tipo de Recurso	Cuantía	Consignación
<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <i>Quienes tengan la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (aptdo. 1 DA 15ª LOPJ en relación con el art. 227.1 LPL)</i></li> <li>▪ <i>Personas jurídicas de naturaleza pública se encuentran exentas en virtud de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre y aptdo. 5 de la DA 15ª LOPJ</i></li> </ul>	Reposición/Súplica <sup>27</sup>	25 €	Interposición
	Revisión de resoluciones Secretario judicial	25 €	Interposición
	Suplicación <sup>28</sup>	150 ,25 € 150 €	Interposición o al tiempo de personación
	Queja	30 €	Presentación
	Casación <sup>29</sup>	300 ,51€ 300 €	Interposición o al tiempo de personación
	Revisión de sentencia firme <sup>30</sup>	300 ,51€ 300 €	Interposición o al tiempo de personación

#### 4. FORMA Y TIEMPO PARA SU CONSTITUCIÓN

En la notificación de la resolución a las partes, habrá de indicarse la necesidad de constitución de depósito para recurrir, así como la forma en que debe ser efectuado.

<sup>27</sup> Desaparece a partir de día 4 de mayo de 2010.

<sup>28</sup> Se regulará conforme a lo dispuesto en el art. 227.1 a) de la LPL y su cuantía ha sido redondeada por la Ley 13/2009 (DA 15ª aptdo.14).

<sup>29</sup> Se regulará conforme a lo dispuesto en el art. 227.1 b) de la LPL y su cuantía ha sido redondeada por la Ley 13/2009 (DA 15ª aptdo.14).

<sup>30</sup> Al mantenerse la regulación de los depósitos existente en el orden jurisdiccional laboral en virtud de la DA 15ª aptdo.14 de la LOPJ, debe entenderse que también se mantiene la remisión que se efectúa en relación con este recurso en el art. 234 de la LPL, tanto en relación con la cuantía como respeto de los plazos de consignación y subsanación.





La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo si se trata de resoluciones interlocutorias; a la presentación del recurso de queja; al presentar la demanda de rescisión de sentencia firme en la rebeldía y revisión; o, al anunciarse o prepararse el mismo en los demás casos, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la «Cuenta de Depósitos y Consignaciones» abierta a nombre del juzgado o del tribunal, la cantidad objeto de depósito, lo que deberá ser acreditado. El secretario judicial verificará la constitución del depósito y dejará constancia de ello en los autos.

## 5. SUBSANACIÓN

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. No obstante, se prevé expresamente que tanto el defecto, la omisión como el error en la consignación son defectos subsanables en el plazo de dos días concedido al efecto. Luego, la posibilidad de subsanación se predica, *expressis verbis*, no sólo de la falta de acreditación sino también de la falta misma, u omisión, de la consignación previa.

En caso de no procederse a la subsanación, se dictará auto que ponga fin al trámite del recurso, o que inadmita la demanda, quedando firme la resolución impugnada.

La subsanación podrá realizarse en dos momentos diferentes. En primer lugar, podrá producirse la subsanación de oficio cuando resulte posible, es decir, cuando el ingreso se hubiera efectuado, por error, en la cuenta del órgano judicial pero con distinto número de expediente. En este caso, el secretario judicial, previa comprobación de los datos, realizará una transferencia desde la cuenta expediente en la que se hizo el ingreso a la correcta, documentándose este extremo en las actuaciones. De la misma forma se procederá cuando el ingreso se hubiese producido en la cuenta de otro órgano judicial, el secretario solicitará de aquél la transferencia a la cuenta expediente correcto.

En cambio, cuando el secretario judicial no puede por sí mismo arreglar el error, lo que acontecerá cuando no hay depósito, cuando su cuantía no sea la exacta o pese a la gestión diligente de éste no puede proceder a corregir o determinar el concepto del ingreso o cuando hecho el ingreso en la cuenta de otro juzgado, éste ha procedido a su devolución, se concederá a la parte el plazo de dos días para la subsanación del defecto, con aportación en su caso de documentación acreditativa (DA 15ª apdo 7º de la LOPJ y apdo.5º de la Instrucción 8/2009, relativa al procedimiento a seguir en relación a la cuenta 9900, de “depósitos de recursos desestimados”, dictada por la Secretaría de Estado de la Administración de Justicia).

## 6. RECUPERACIÓN O PÉRDIDA DEL DEPÓSITO

Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito. El recurrente perderá el depósito tanto cuando pierda el recurso como cuando el mismo se vea inadmitido, ya sea por el órgano ante el que se prepara ya sea por el superior que debe resolverlo. En este caso se producirá la pérdida del ingreso y su importe será





transferido, desde la cuenta expediente correspondiente, a la Cuenta 9900 “depósitos de recursos desestimados”.

En cambio, si se estimare total o parcialmente el recurso, o la revisión o rescisión de sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito. Los importes constituidos para recurrir serán reintegrados al recurrente mediante la expedición del mandamiento de pago o transferencia a cuenta no judicial correspondiente. De ahí que quizás sea aconsejable, cuando se recurra, incorporar un otrosí indicando al juzgado un número de cuenta donde realizar la transferencia.

## 7. DESTINO DEL DEPÓSITO

En cuanto al destino de los ingresos generados como consecuencia de los depósitos que hayan sido perdidos se destinarán al proceso de modernización de la justicia, a la creación y mantenimiento de una plataforma de conectividad entre las distintas aplicaciones y sistemas informáticos presentes en la Administración de Justicia y a financiar el beneficio de justicia gratuita.

Estos ingresos se distribuyen entre el Estado y las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia. Se transferirá anualmente a cada Comunidad Autónoma con competencias asumidas en materia de Justicia, para los fines anteriormente indicados, el 40% por ciento de lo ingresado en su territorio por este concepto, y destinará un 20% de la cuantía global para la financiación del ente instrumental participado por el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas y el Consejo General del Poder Judicial, encargado de elaborar una plataforma informática que asegure la conectividad entre todos los juzgados y tribunales de España.



