IV. CESE DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

La salida del Ministerio Público de las causas por delitos que el NCP ha convertido en delitos de naturaleza privada no puede efectuarse en cualquier forma, sino que deberá llevarse a cabo ordenadamente. Habrán de cumplirse determinados requisitos para evitar la indefensión de aquellos particulares que, sin haber renunciado a la acción penal o a la civil, hubieran dejado, por medio de la no personación en la causa, en manos del Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 110, párrafo 2.º de la LECrim., la persecución de tales conductas que en el momento de su comisión tenían la naturaleza de delitos públicos o semipúblicos.

Aplicando en forma analógica lo dispuesto en el artículo 276 de la LECrim., el Fiscal, al presentar su escrito de apartamiento de la causa por pérdida de legitimación al tratarse de un delito convertido en privado, deberá examinar si existe algún perjudicado por el delito que no se hallare personado en las actuaciones, y, en tal caso, instará del órgano judicial que dicte Auto teniendo por apartado al Ministerio Fiscal y concediendo a dicho perjudicado un plazo de treinta días para que pueda personarse en la causa.

CONSULTA NÚMERO 8/1997, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha remodelado el mapa jurídico de la protección de menores. La Ley, lejos de ser rupturista, trata de profundizar en una dirección iniciada con anterioridad perfeccionando los mecanismos jurídicos de protección de menores a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de la legislación de 1987. Al mismo tiempo realiza una proclamación formal de algunos de los derechos de los menores, desarrollándolos en sus aspectos de mayor repercusión práctica.

Como es natural dada la materia en la que incide, la ley afecta muy directamente a la actuación del Ministerio Fiscal que tiene en el campo de protección de menores un terreno básico donde llevar a cabo sus misiones constitucionales. Por tal motivo esta Fiscalía General no abandona su propósito de abordar de una forma general mediante una Circular o Instrucción toda la temática de protección de menores y en especial la generada con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996.

Mientras llega ese momento convenía responder anticipadamente a unas cuestiones puntuales que se han suscitado dando lugar a los temas de esta Consulta y que tienen un denominador común: todas ellas están relacionadas con las nuevas exigencias formales del documento en el que ha de plasmar el acogimiento familiar. En efecto, la Ley Orgánica 1/1996 modifica la institución del acogimiento familiar que, sin perder sus caracteres esenciales según la legislación de 1987, ni las líneas básicas de su forma de constitución, se ve diversificado en varias modalidades según su finalidad, tal y como aconsejaba la práctica, y, de otra parte, viene a ser reglamentado más detalladamente en su forma de constitución acogiéndose así en la legislación común con ciertas variaciones unas exigencias que ya se contemplaban en la normativa de algunas autonomías (por ejemplo, art. 28 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Cantabria; artículo 32 del Decreto 79/1995, de 18 de abril de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de Protección de Menores; artículo 48 de la Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; o artículo 18 de la Orden 175/1991, de 18 de marzo de desarrollo del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Madrid).

II. LAS NUEVAS EXIGENCIAS FORMALES DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El artículo 173.2 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se limitaba a exigir la formalización del acogimiento por escrito como requisito *ad solemnitatem* y a señalar los consentimientos necesarios, sin los que el acogimiento había de ser constituido judicialmente, La Disposición Final 6.^a de la

Ley Orgánica 1/1996 ha modificado ese precepto y en lo que aquí interesa ha marcado los contenidos del documento de formalización del acogimiento familiar que necesariamente ha de incluir los siguientes extremos:

- «1.º Los consentimientos necesarios.
- 2.º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
- 3.º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4.º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5.º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6.º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7.º Informe de los servicios de atención a menores.»

El documento con el contenido expresado debe ser remitido al Ministerio Fiscal por disposición expresa de este precepto en concordancia con la función de superior vigilancia que atribuye al Fiscal el artículo 174.1 del Código Civil.

Cuando el acogimiento ha de ser constituido judicialmente, también la propuesta de la Entidad Pública debe contener todas las menciones impuestas por el artículo 173.2 según dispone el apartado siguiente.

Cuando es el Fiscal el que promueve la constitución del acogimiento en virtud de las facultades que le otorga el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no lo especifique el artículo 173 del Código Civil que no contempla esa legitimación del Fiscal afirmada por la Ley Procesal, no será exigible con el mismo carácter la cumplimentación y mención de todos los datos enumerados en el artículo 173, aunque sí aquellos de los que el Fiscal pueda disponer.

En relación con el expresado contenido del documento de formalización del acogimiento se han planteado tres cuestiones con objeto de ser resueltas mediante Consulta:

- a) Forma de expresar el régimen de visitas por parte de la familia biológica del menor acogido.
- b) Alcance de la necesaria mención del régimen de cobertura de las posibles responsabilidades civiles.
- e) Momento de remisión del documento al Fiscal por parte de la Entidad Pública.

III. LA ESPECIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Explica la Fiscalía que eleva la consulta que en ocasiones en los documentos de formalización del acogimiento para cubrir la exigencia prevista en el artículo 173.2.3.º a) se hace constar una vaga alusión a la necesidad de pactar el régimen de visitas con la familia biológica, sin precisar ni concretar nada más y se pregunta si tal forma de actuar puede considerarse conforme con las exigencias del citado precepto y debe ser consentida por el Ministerio Fiscal.

A efectos de una adecuada respuesta es preciso distinguir si estamos ante un acogimiento administrativo o se trata de constituir un acogimiento judicial.

La primera hipótesis –acogimiento administrativo o convencional– es la más habitual. Su presupuesto es que exista consentimiento de los padres no privados de la patria potestad, si fueren conocidos, o, en su caso, del tutor. Si falta ese consentimiento no será posible la constitución del acogimiento sin intervención judicial. En esos casos, dada la situación fáctica en que nos encontramos, sería posible y normal que a tiempo que se consiente el acogimiento se acuerde con los referidos titulares de la patria potestad o con el tutor una periodicidad para las visitas que será la que se debe plasmar en el documento escrito por el que se formaliza el acogimiento. No parece aceptable diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Si el Fiscal al recibir los documentos de formalización del acogimiento comprueba omisiones en ese sentido debe exigir a la Entidad Pública la subsanación del defecto.

Si no se llegase a un acuerdo lo más probable es que los padres rechacen incluso la formalización del acogimiento, por lo que estaremos en el segundo supuesto a analizar. Y si se llegase al supuesto de conformidad con el acogimiento y disconformidad con la regulación del *ius visitandi* propuesta por la Entidad Pública o la familia acogedora, es claro que por disposición del artículo 161 del Código Civil sería necesario acudir al Juez quien tendría la última decisión al res-

pecto. En esos supuestos, que desde luego no serán frecuentes, el documento de formalización del acogimiento puede recoger las visitas propuestas, sin perjuicio de mencionarse la pendencia de resolución judicial definitiva sobre tal extremo dada la disconformidad de una de las partes en cuanto a las visitas.

Esa posibilidad –acuerdo respecto al acogimiento pero no respecto a la periodicidad de las visitas– junto con la hipótesis de que vigente ya el acogimiento se haga conveniente una modificación del régimen de visitas pueden hacer aconsejable una práctica que ya llevan a cabo algunas Entidades y que no es repudiable de forma alguna por respetar el mandato del artículo 173.2 del Código Civil: hacer figurar la regulación del régimen de visitas en un documento anexo de forma que pueda modificarse posteriormente sin necesidad de renovar todo el escrito de formalización del acogimiento. Obviamente esas modificaciones exigirán nuevamente el consentimiento o acuerdo de todas las partes implicadas. Faltando el consentimiento de los afectados será necesario acudir al órgano judicial competente para llegar a una limitación del *ius visitandi* de los titulares de la patria potestad (arts. 160 y, especialmente, 161 del Código Civil).

El acogimiento judicial, por contra, supone que los titulares de la patria potestad o el tutor no han consentido el acogimiento bien por no estar localizados, bien por haber rehusado comparecer, bien por haberse opuesto expresamente. En algunos de tales casos, ciertamente puede ser más problemática la fijación de la periodicidad de las visitas, especialmente cuando los padres no están en paradero conocido. Ello no excluye que en la Propuesta de la Entidad Pública se recojan las circunstancias que determinen la forma de ejercicio del *ius visitandi* durante la vigencia del acogimiento, pero serán admisibles todo tipo de fórmulas flexibles como una indicación genérica de la posibilidad de variar el régimen que inicialmente se fije de acuerdo con los padres.

Esta consideración es especialmente predicable cuando no existe conformidad de los padres tampoco en cuanto al régimen de visitas. En esos casos la Entidad Pública debe hacer figurar en su propuesta la periodicidad concreta de visitas que estima más adecuada en atención al interés del menor. Corresponderá en definitiva al Juzgador, al pronunciarse sobre el acogimiento, decidir igualmente, una vez haya oído en el expediente a los acogedores y a los padres (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre lo adecuado de esa propuesta que podrá modificar precisando definitivamente el régimen de visitas (art. 161 del Código Civil y disposición final 20.^a de la Ley Orgánica 1/1996).

Que no exista acuerdo previo, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad Pública refleje en su propuesta el régimen que considere adecuado, sin perjuicio, obviamente, de las facultades que tendrá el Juzgador para variar tal propuesta y sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir el régimen en virtud de acuerdos posteriores de todas las partes o nueva resolución judicial en su defecto.

No obstante si la Propuesta de la Entidad adolece de algún defecto en este punto al no señalarse de forma clara lo relativo a la concreción de las relaciones del menor acogido con su familia de origen, la incorrección podrá subsanarse durante el propio trámite procesal requiriendo a tal fin a la Entidad, o en definitiva, podrá suplirse mediante la correspondiente decisión judicial en el auto de constitución del acogimiento sobre la regulación del *ius visitandi*.

IV. LA CLÁUSULA RELATIVA AL SISTEMA DE COBERTURA DE POSIBLES RESPONSABILIDADES CIVILES

La letra b) del apartado 3.º del num. 2 del artículo 173 se refiere igualmente a la fijación en el documento de formalización del acogimiento del «sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros». La Fiscalía consultante cuestiona que la genérica remisión a las normas legales de aplicación a tales responsabilidades civiles sea suficiente para entender cumplimentada esa exigencia legal.

Ha de entenderse, sin embargo, que la disposición citada ni sirve para imponer una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir esos eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de responsabilidad civil que se deduce de las normas generales del Código Civil y del Código Penal. Así se desprende de forma mucho más clara de la redacción originaria del Proyecto de Ley que hablaba de «*posibles* sistemas de cobertura» y al final del inciso introducía el inciso «*en su caso*», con lo que se resaltaba más enfáticamente la naturaleza puramente formal de estas menciones.

En consecuencia será totalmente lícito y respetable que el documento se limite a remitirse a lo que resulte de la Ley sobre tales extremos. Si la Entidad Pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar. Pero eso no significa que el acogimiento exija como requisito ni la existencia de

esa póliza ni pactos particulares en orden a la cobertura de las responsabilidades civiles.

Si no existe nada expresamente pactado en el documento, la remisión a la normativa general atraerá la aplicación de los correspondientes preceptos del ordenamiento jurídico: normalmente, artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Si se trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Entidad Pública o ambas solidariamente según cada supuesto, sin que sea ahora momento de entrar en la discutida cuestión del título en virtud del cual respondería cada uno: basta consignar aquí que aunque en la literalidad del artículo 1.903 del Código Civil no encajan estos supuestos, la doctrina no vacila en afirmar la posible responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad Pública por los daños causados por el menor basándola tanto en una posible interpretación extensiva del artículo 1.903, como en el propio artículo 1.902. El desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que imponía el antiguo artículo 172.3 a la Entidad Pública y que subsiste en la nueva regulación por más que no haya una mención tan expresa (art. 173.2.º 4) fundamentan esa posible responsabilidad doble, sin perjuicio de las matizaciones que deban hacerse en cada caso para llegar a una concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

Si estamos ante daños causados al menor igualmente el artículo 1.902 puede determinar en algunos casos la responsabilidad patrimonial tanto de los acogedores como de la misma Entidad Pública cuya responsabilidad, de otra parte, es expresamente recordada por el artículo 174.3 del Código Civil. E igualmente no será desechable en algunos casos la aplicación de lo dispuesto en los artículos 220 y 306 del Código Civil, sin olvidar la vía abierta a través del artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero no es este el momento de adentrarse en el estudio exhaustivo del régimen de responsabilidad civil en los casos de acogimiento. Son suficientes esos brevísimos apuntes para llegar a lo que es objeto (directo de la consulta: la remisión genérica a ese régimen legal sin pretensión de modificación alguna y sin haberse concertado sistemas especiales de cobertura es suficiente para entender cumplimentada la exigencia contenida en el artículo 173.2.3.º b) de la que no puede deducirse otro alcance sustantivo. El precepto no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino sencillamente que se consignen en el documento de formalización del acogimiento, de existir, los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los

hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. No se trata por tanto de señalar *a priori* mediante pactos quién deberá responder civilmente, cuestión que se decidirá en su momento con arreglo a lo dispuesto en la normativa del Código Civil en atención a las circunstancias del caso concreto, sino tan solo de constatar la existencia o no de seguros y en su caso eventuales pactos para hacer frente a las hipotéticas responsabilidades pecuniarias. Esos posibles pactos en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de todas las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor (a modo de una asunción de deuda futura), y que no tendrían eficacia más que inter partes por carecer de aptitud para alterar el régimen legal frente a terceros, deberán consignarse si se han concertado, pero no es necesario que se realicen.

V. MOMENTO IDÓNEO PARA LA REMISIÓN DEL DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO AL MINISTERIO FISCAL

Un último punto es suscitado en relación con el documento de formalización del acogimiento: el momento adecuado para su remisión al Fiscal que impone el inciso final del artículo 173.2 que se está analizando, cuando el acogimiento no puede formalizarse en vía administrativa y ha de acudir a la intervención judicial.

La Fiscalía que eleva la consulta considera que, en contra de la práctica que se ha impuesto en algún territorio, sería deseable que el documento se remita al Fiscal con anterioridad a la presentación de la Propuesta ante el órgano judicial competente. De esa forma, se argumenta, el Fiscal habrá podido requerir a la Entidad Pública para que subsane posibles defectos y conocerá ya del asunto antes de su conocimiento a través del Juzgado de 1.^a Instancia correspondiente.

Para dar contestación a este último punto es preciso distinguir dos planos: el de la estricta legalidad y el de la conveniencia.

En el terreno de la estricta legalidad el artículo 173.2 en su inciso final alcanza en rigor exclusivamente a los acogimientos administrativos, pues solo en esos casos se puede hablar propiamente de *documento de formalización del acogimiento*. En las hipótesis de necesaria intervención judicial por faltar el consentimiento de los padres no privados de la patria potestad o tutor la formalización del acogimiento no se produce más que a través de la resolución judicial con forma de Auto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Antes sólo existirá una pro-

puesta de la Entidad Pública por más que el contenido de ésta deba ser paralelo al establecido para los documentos de formalización de los acogimientos administrativos, como ya se explicó antes. A esas propuestas no alcanza la obligación de remisión al Ministerio Fiscal establecida por el inciso final del artículo 173.2 de forma en todo caso redundante pues ya está explicitada en el artículo 174.2 del Código Civil. El Ministerio Fiscal en todo caso tendrá conocimiento de la propuesta al tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 1.815 y 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en cuyo seno podrá hacer las observaciones que considere procedentes, promover alguna modificación respecto de los términos de la propuesta o requerir a la Entidad instante para que subsane alguna omisión o defecto en la propuesta.

Pero si en el plano de la legalidad no se puede afirmar la obligación de esa comunicación al Fiscal antes de que la Entidad Pública promueva el expediente judicial de acogimiento, nada la impide máxime en el entorno de colaboración y necesaria coordinación que ha de regir las relaciones entre las distintas instituciones implicadas en materia de protección de menores, como lo son muy significadamente el Ministerio Fiscal y las Entidades Públicas competentes, sin perjuicio del respeto a sus respectivos ámbitos de autonomía y competencias. Esa necesaria colaboración imprescindible para el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de su función de superior vigilancia proclamada por el artículo 174.1 del Código Civil y reiterada en algunas de las normas autonómicas, puede aconsejar en algunos casos el conocimiento previo de la propuesta de acogimiento judicial que va a formular la Entidad pública. Pero de cualquier forma, hay que reiterar que la vigente legislación no impone esa comunicación previa que además en otros casos no será ni siquiera conveniente si tan solo va a ser fuente de dilaciones y el Fiscal en todo caso va a conocer la propuesta y formular todas las observaciones que considere procedentes en el expediente judicial. En cada territorio y según las circunstancias se establecerán en consecuencia de acuerdo con estos criterios generales las formas de actuación concreta.

CONCLUSIONES

1.^a En el documento de formalización del acogimiento deberá hacerse constar el régimen de visitas por parte de la familia del menor, sin perjuicio de que en caso de desacuerdo la decisión última al respecto corresponda al órgano judicial.

2.^a Es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito formal, hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor con una remisión genérica al régimen legal. Tan solo cuando existan otros mecanismos de cobertura —como un seguro concertado— o pactos o compromisos específicos y con fuerza exclusiva entre las partes, deberán consignarse.

3.^a La ley no impone, aunque tampoco lo excluye y en algunos casos pudiera ser conveniente, que la Entidad Pública remita al Ministerio Fiscal la propuesta de acogimiento judicial antes de su presentación ante el órgano jurisdiccional.

CONSULTA NÚMERO 9/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE REINCIDENCIA Y DELITOS DE ROBO

I

La cuestión objeto de consulta tiene una repercusión práctica fuera de duda, tanto por la frecuencia con que se presenta el supuesto analizado como por las nada desdeñables consecuencias penológicas que van a derivarse del criterio que se sostenga.

El interrogante formulado presenta un sencillo enunciado: la previa condena por un delito de robo con fuerza en las cosas, ¿sirve de fundamento para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de robo con violencia o intimidación? La cuestión ha de extenderse lógicamente a la pregunta inversa.

La respuesta exige una cuidadosa valoración de los distintos argumentos que pueden manejarse en favor de una u otra solución. La dificultad —casi imposibilidad— de hallar una solución plenamente satisfactoria y que concite la unánime adhesión se intuye al constatar cómo en la Fiscalía Consultante las dos posiciones antagónicas han encontrado igual respaldo; y se acredita definitivamente comprobando la solidez de los argumentos que sirven de apoyo a cada una de las posturas. Y es que, como en muchas otras materias, también en lo relativo a la reincidencia el Código Penal de 1995 presenta aspectos en que la ambigüedad —a veces deliberada— obliga a diferir a ulteriores decisiones jurisprudenciales los perfiles o fronteras de uno u otro precepto o de determinadas instituciones penales.