

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Penal
UAH

CIRCULAR 1/2016, SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.-2. El modelo de responsabilidad de la persona jurídica tras la reforma del artículo 31 bis del Código Penal. 2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica. 2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal. 2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1. 2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. 2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1.-3. Personas jurídicas imputables e inimputables.-4. Las personas jurídicas públicas exentas de responsabilidad.-5. El régimen de exención de responsabilidad de las personas jurídicas: los modelos de organización y gestión. 5.1 Antecedentes y principios generales. 5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica. 5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión. 5.4 El oficial de cumplimiento. 5.5 El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones. 5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión. 5.7 Naturaleza de la exención y carga de la prueba.-6. Cláusula de vigencia.-7. Conclusiones.

1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en nuestro ordenamiento la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fruto tanto del incesante proceso de

armonización internacional del Derecho Penal como de la sentida necesidad de dar una respuesta más eficaz al avance de la criminalidad empresarial, fundamentalmente en el marco de la delincuencia económica.

Tal incorporación se hizo mediante una detallada regulación establecida primordialmente en el art. 31 bis del Código Penal, que se completaba con las disposiciones de los arts. 33.7 (penas imponibles a las personas jurídicas), 50.3 y 4 (extensión y cuota diaria de la pena de multa), 53.5 (posibilidad de pago fraccionado), 52.4 (multas sustitutivas de la multa proporcional, cuando no sea posible el cálculo de esta), 66 bis (determinación de la pena aplicable), 116.3 (responsabilidad civil) y 130 (supuestos de transformación y fusión de sociedades).

Ya desde su introducción en 2010, el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica fue criticado por un amplio sector doctrinal, que lo consideró incompleto y confuso en muchos de sus aspectos esenciales. Quizá por ello, escasamente cinco años después, con un escaso número de procedimientos dirigidos contra personas jurídicas y sin apenas tiempo para haber evaluado la eficacia de tan novedosa normativa, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, acomete una importante modificación del art. 31 bis, reforma parcialmente el art. 66 bis e introduce tres nuevos artículos, 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies que, con la única novedad de extender en este último el régimen de responsabilidad a las sociedades mercantiles públicas, reproducen el contenido de los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del art. 31 bis original.

El Preámbulo (III) de la LO 1/2015 asegura que «la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» [...], con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal y con ello poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial.» De acuerdo con esta parca explicación, el propósito de la Ley no sería modificar el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas sino aclarar el modelo establecido en 2010 que, conforme al Preámbulo de la LO 5/2010, consagraba en el segundo párrafo del art. 31 bis.1 una responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

El Legislador vincula también la reforma a la asunción de «ciertas recomendaciones», que no concreta, de «algunas organizaciones internacionales», que tampoco nombra. Se refiere, con toda probabilidad, a las recomendaciones hechas por la OCDE en el informe adoptado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012 correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales.

Al margen de tales recomendaciones, en el período transcurrido entre las publicaciones de las Leyes Orgánicas 5/2010 y 1/2015, ninguna exigencia normativa internacional avala la necesidad de la reforma, como tampoco el inicial reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas realizado en 2010 podía justificarse en obligaciones derivadas de los tratados internacionales o de la normativa de la Unión Europea, pese a la similar invocación que contenía el Preámbulo de la LO 5/2010. Entonces y ahora eran factibles otras opciones, como la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

Con independencia de cuál haya sido la *mens legislatoris*, la importancia de las modificaciones introducidas en el art. 31 bis y las dudas que suscitan, de manera especial la incorporación de una completa regulación de los «modelos de organización y gestión» cuya observancia permite exonerar la responsabilidad penal de la persona

jurídica, exige de la Fiscalía General del Estado interpretar el alcance de la normativa que finalmente ha quedado plasmada en el Código Penal y calibrar la vigencia de la Circular 1/2011, máxime cuando tan relevante reforma, incorporada al Anteproyecto de Ley Orgánica, de 27 de junio de 2013, no pasó a informe del Consejo Fiscal ni del Consejo General del Poder Judicial.

2. EL MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA TRAS LA REFORMA DEL ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

2.1 Los títulos de imputación de la persona jurídica

El núcleo de la reforma se centra en la nueva redacción dada al art. 31 bis CP, que comporta importantes novedades en cuanto a su estructura y contenido. Como el anterior precepto, consta de cinco apartados. En el primero mantiene los dos criterios de transferencia de la responsabilidad penal de determinadas personas físicas a la persona jurídica, ahora mejor enunciados en dos párrafos identificados con las letras a) y b) en los que se introducen algunas modificaciones concernientes a la definición de las personas físicas (letra a), la precisión de que el debido control debe «haberse incumplido gravemente» (letra b) y la sustitución del término «en provecho» por «en beneficio directo o indirecto» (letras a y b). Los siguientes cuatro apartados están dedicados a regular los modelos de organización y gestión que pueden eximir de responsabilidad a las personas jurídicas, sustituyendo el contenido de los correspondientes apartados del anterior art. 31 bis, que se traslada ahora a los nuevos arts. 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies.

Los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica se detallan en el núm. 1 del art. 31 bis:

«En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.»

Debe comenzarse avanzando que, pese a los significativos cambios estructurales y sustantivos, que se irán analizando a lo largo de esta Circular, el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, «En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial» mediante un sistema de *numerus clausus* que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el

Libro II del Código Penal. Para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias del art. 129 CP.

Antes de proseguir, vale la pena recordar los dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El primero atribuye la responsabilidad penal a la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría inconstitucionalmente objetiva. Es la responsabilidad por transferencia, indirecta, derivada, vicarial o por representación. Su principal dificultad radica en determinar qué personas físicas pueden comprometer al ente colectivo con su actuación.

El segundo modelo, más ambicioso pero de más difícil encaje en un Derecho Penal antropocéntrico, construye un sistema de imputación propio de la persona jurídica, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc., de tal modo que es propiamente el ente colectivo el que comete el delito. Se trata de la responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica. Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina «culpabilidad por defecto de organización».

Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial.

Pues bien, la vigente regulación del apartado primero del art. 31 bis continúa estableciendo en sus letras a) y b) los dos presupuestos que permiten transferir la responsabilidad de las personas físicas a la persona jurídica. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas. En ambos casos, se establece un sistema de responsabilidad por transferencia o vicarial de la persona jurídica.

Aunque la Sala Segunda «todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos» (STS n.º 514/2015, de 2 de septiembre), a la referida conclusión ya había llegado la Circular 1/2011 al analizar el primitivo art. 31 bis, frente a un sector doctrinal que, siguiendo la interpretación que daba el propio Preámbulo de la LO 5/2010, mantenía que este precepto consagraba un modelo mixto de la responsabilidad por transferencia y de la culpabilidad autónoma de la empresa.

Conforme a esta última posición, la letra a) del apartado primero del art. 31 bis sí consagraría la responsabilidad por transferencia o vicarial, al trasladar a la persona jurídica la responsabilidad por los delitos cometidos por su cuenta y en su provecho por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones y, por lo tanto, para comprometer a la persona jurídica. Por el contrario, la letra b) responsabilizaría a la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de las anteriormente mencionadas personas físicas, pudieron realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Tal «debido control» remitiría, en esta exégesis, a la propia persona jurídica deficientemente organizada, acogiendo así las tesis sobre la culpabilidad de la empresa. La LO 1/2015, con la novedosa regulación de los programas de cumplimiento normativo, habría venido precisamente a reforzar esta posición.

Esta sugestiva interpretación no resulta conforme con el tenor literal del precepto, ni en su inicial redacción ni en la vigente. El art. 31 bis no dice que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que establece el precepto, antes y después de la reforma de 2015, es que las personas jurídicas «serán penalmente responsables de los delitos

cometidos» por personas físicas. La propia condición 3.^a del apartado segundo del art. 31 bis recuerda que son los «autores individuales» los que «han cometido el delito» y en los distintos preceptos que contemplan la responsabilidad de la persona jurídica, no se atribuye a esta la comisión del delito sino que se dice que «cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos [correspondientes] se le impondrán las siguientes penas». Del mismo modo, la expresión «responsabilidad penal» es utilizada en sentido amplio, atribuyéndola a la persona jurídica en virtud de un hecho de conexión consistente en el previo delito cometido por la persona física en su nombre o por cuenta de ella. Es en este estadio donde deberá acreditarse la comisión de la infracción penal, individualizando una acción típica y antijurídica de la persona física para verificar después que se cumplen los criterios de transferencia de la responsabilidad a la persona jurídica. Conforme a este modelo, hay unos sujetos personas físicas que actúan y otro sujeto persona jurídica que asume la responsabilidad de tal actuación. La persona jurídica propiamente no comete el delito sino que deviene penalmente responsable por los delitos cometidos por otros.

Podrá objetarse que todo modelo de responsabilidad de la persona jurídica está condicionado a la previa comisión de un delito por una persona física, desde el momento en que, evidentemente, las personas jurídicas necesitan de personas físicas para actuar. Sin embargo, más allá de que no pueda prescindirse por completo del «factor humano», el modelo vicarial implica algo más frente al modelo autónomo: que ese delito de la persona física sea la referencia de la imputación de la persona jurídica. Si la letra b) del apartado primero del art. 31 bis estableciera que el subordinado ha podido cometer el delito por la falta de control de la persona jurídica, indebidamente organizada, sí podría haberse construido un sistema de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, o mixto, al agregarse al del apartado anterior que, este sin duda alguna, establece un modelo de responsabilidad vicarial. Pero en la letra b) no se dice eso.

En este sentido, la reforma de 2015 ha venido incluso a desterrar una posible interpretación en apoyo del modelo de responsabilidad autónoma de la empresa. El art. 31 bis original se refería, empleando la forma reflexiva, a «no haberse ejercido sobre ellos (los subordinados) el debido control», lo que permitía aventurar que el control se refería a la propia empresa y a sus programas. En cambio, la redacción del vigente art. 31 bis —«haberse incumplido por aquéllos»— remite necesariamente a las personas físicas de la letra a). En realidad la construcción no es del todo correcta gramaticalmente pues el pronombre «aquéllos» no concuerda en género con «las personas físicas mencionadas en el artículo anterior» pero sin duda se refiere a «aquellos [...] autorizados para tomar decisiones» de la letra anterior. De haber pretendido referir el control a las personas jurídicas indudablemente se habría utilizado el pronombre en femenino, como ya sugirió el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto y reiteró el grupo parlamentario de UPyD en su enmienda 519 al Proyecto.

Esta interpretación es, por otra parte, plenamente conforme con el tenor literal de las correspondientes Decisiones Marco y Directivas que sectorialmente regulan las materias para las que se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas y que invariablemente se refieren a que estas puedan ser consideradas responsables «cuando la falta de supervisión o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 [aquellas con “un poder de representación de dicha persona jurídica”] haya hecho posible que una persona sometida a su autoridad cometa una de las infracciones contempladas...» (vgr., el art. 5 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; el art. 10 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques

contra los sistemas de información o el art. 6 de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación).

No obstante reconocer en el art. 31 bis 1.º un modelo de responsabilidad vicarial de la persona jurídica, existen también en los siguientes apartados de este precepto y en los arts. 31 ter y 31 quáter importantes elementos que atribuyen una indudable autonomía a la responsabilidad de la empresa, entre los que podemos destacar los siguientes:

– Si bien «la irrelevancia penal del hecho de referencia [conduce] a declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad» (STS n.º 514/2015), la responsabilidad de la persona jurídica no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física. Ni siquiera es necesario que el delito llegue a consumarse pues la expresión «delitos cometidos» permite incluir, además de las diferentes formas de autoría y participación, el delito intentado.

– La no identificación del autor del delito o la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra él no excluye la responsabilidad de la persona jurídica (art. 31 ter.1).

– Las agravantes y atenuantes relativas a la culpabilidad de la persona física no son trasladables a la persona jurídica. Cabe exigir plena responsabilidad a esta pese a la existencia de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, haya este fallecido o se haya sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter.2). La alusión a la culpabilidad deberá interpretarse en sentido amplio, excluyendo de la incomunicabilidad solo las causas de justificación, pues si el hecho es ajustado a derecho, no habrá responsabilidad ni para la persona física ni para la jurídica.

– La persona jurídica tiene unas circunstancias modificativas específicas y un sistema propio de penas, con particulares reglas de aplicación (arts. 31 quáter y 66 bis), si bien respecto a la pena de multa el art. 31 ter vincula la responsabilidad de la persona jurídica con la de la física, al establecer una regla de compensación de ambas responsabilidades.

– Finalmente, la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica se refuerza muy notablemente con el valor eximente otorgado a los programas de organización, que merecen un estudio más detenido.

Todo estos elementos matizan el modelo de heteroresponsabilidad empresarial, atenuándolo, permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física, pero no llegan a cimentar un sistema de imputación propio o de autorresponsabilidad de la persona jurídica en sentido estricto, que exigiría un dolo o culpa de la propia persona jurídica, algo que la regulación española sigue sin contemplar, pues el modelo diseñado permanece encadenado al incumplimiento de los deberes de control de las personas físicas.

No es esta una controversia meramente especulativa o doctrinal, sino que tiene un indudable alcance práctico. Si el fundamento de la imputación es la defectuosa organización societaria y esta se configura como elemento del tipo o define su culpabilidad, la acusación deberá probar, además de la comisión del delito por las personas físicas de las letras a) y b) del apartado primero, que tal infracción se ha cometido a consecuencia del ineficiente control de la persona jurídica. Otro entendimiento –que la persona jurídica estuviera obligada a probar su adecuado sistema de organización– representaría una inversión de la carga de la prueba constitucionalmente inadmisibles.

Ahora bien, si el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en la conducta delictiva de sus dirigentes o en el incumplimiento de sus obligaciones de control sobre los subordinados, esto será lo único que deba probar la acusación.

En este entendimiento, los programas de control constituyen una referencia para medir las obligaciones de las personas físicas con mayores responsabilidades en la corporación (letra a), como indicaba la Circular 1/2011. Pero será la persona jurídica la que deberá acreditar que tales programas eran eficaces para prevenir el delito, cuestión ésta sobre la que se volverá más adelante al analizar los programas de organización y gestión.

Debe finalmente quedar claro que no se propone un sistema de responsabilidad automática de la persona jurídica pues, independientemente de que sea la conducta de personas físicas la que transfiera a esta su responsabilidad, el defecto de organización, aun construido por el Legislador como causa de exención de la pena, indudablemente opera como presupuesto y refuerzo de la culpabilidad, desterrando cualquier atisbo de responsabilidad penal objetiva de la empresa, que vulneraría el art. 5 del Código Penal, pues «parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal» (STS n.º 14/2015, cit.).

2.2 Los delitos atribuibles a las personas jurídicas en la Parte Especial del Código Penal

La reforma del art. 31 bis no altera el sistema establecido en 2010 de supeditar la responsabilidad penal de la persona jurídica a su expresa previsión en los correspondientes tipos de la parte especial del Código. Tras la reforma, la responsabilidad de las personas jurídicas se circunscribe al siguiente catálogo de delitos del Código Penal, al que hay que añadir el delito de contrabando, conforme dispone el art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011:

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Tráfico ilegal de órganos humanos	156 bis.3
Trata de seres humanos	177 bis.7
Prostitución/ explotación sexual/ corrupción de menores	189 bis
Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento Informático	197 quinquies
Estafas	251 bis
Frustración de la ejecución	258 ter
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264 quáter
Contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302.2
Financiación ilegal de los partidos políticos	304 bis.5
Contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social	310 bis
Contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis.5

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Urbanización, construcción o edificación no autorizables	319.4
Contra los recursos naturales y el medio ambiente	328
Relativos a las radiaciones ionizantes	343.3
Riesgos provocados por explosivos y otros agentes	348.3
Contra la salud pública	366
Contra la salud pública (tráfico de drogas)	369 bis
Falsificación de moneda	386.5
Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje	399 bis
Cohecho	427 bis
Tráfico de influencias	430
Delitos de odio y enaltecimiento	510 bis
Financiación del terrorismo	576

Con respecto al catálogo previo a la reforma, se incorporan los nuevos delitos de frustración de la ejecución (arts. 257, 258 y 258 bis), de financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis) a los que se añaden los delitos contra la salud pública no relacionados con el tráfico de drogas (arts. 359 a 365) y los de falsificación de moneda (art. 386), para los que con anterioridad no se contemplaba el régimen del art. 31 bis sino el del art. 129. Se incorporan igualmente los delitos de odio y enaltecimiento (art. 510, con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los «dos artículos anteriores» en lugar de al «artículo anterior»).

El régimen del art. 129 CP se aplica a los delitos previstos para las personas jurídicas cuando se hayan cometido en el seno, con la colaboración, a través o por medio de entes carentes de personalidad jurídica, y se contempla también para los siguientes delitos:

DELITOS	ARTÍCULOS CP
Relativos a la manipulación genética	162
Alteración de precios en concursos y subastas públicas	262
Negativa a actuaciones inspectoras	294
Delitos contra los derechos de los trabajadores	318
Falsificación de moneda	386.4
Asociación ilícita	520
Organización y grupos criminales y organizaciones y grupos terroristas	570 quáter

Los criterios por los que el Legislador asigna uno u otro régimen a determinados delitos no siempre resultan claros. La Circular 1/2011 (IV) ya reprochaba la defectuosa construcción jurídica de esta doble vía sancionadora de los arts. 31 bis y 129 CP, refiriéndose, entre otros, a los supuestos de los arts. 262, 386, 294 y 318, que mantienen tras la reforma las mismas deficiencias entonces ya advertidas.

Particularmente llamativo es el caso de los delitos de falsificación de moneda del art. 386 CP, en el que, tras la reforma de 2015, coexiste en sus apartados. 4 y 5 el régimen del art. 129 con el del art. 31 bis.

Las razones del difícil encaje de esta doble vía sancionadora para personas jurídicas y entes colectivos no dotados de personalidad jurídica hay que buscarlas, más que en puntuales desajustes en la asignación de uno u otro régimen, en la irrelevancia de la propia distinción, hoy superada por la realidad de la vida de los negocios, tanto legales como ilegales y por otros criterios de imputación más relevantes, como el de unidad económica, seguido en materia tributaria para determinar los grupos de empresas o el de la existencia de un patrimonio autónomo del ente colectivo. La aplicación de estos criterios evitaría, por ejemplo, que las UTEs, que no tienen personalidad jurídica, quedaran fuera del marco represivo de la persona jurídica.

En todo caso, subyace cierta confusión en el Código Penal sobre qué delitos son atribuibles a las personas jurídicas, que en la selección actual ni siquiera se extiende a todos los delitos económicos susceptibles de comisión por ellas. Fuera de la delincuencia económica, otros delitos como las lesiones, la detención ilegal o hasta el homicidio no se contemplan en el catálogo previsto para las personas jurídicas, seguramente por razones de política criminal de prevención general, por más que quepa pensar en conductas de esta naturaleza en el contexto, por ejemplo, de una encarnizada competencia empresarial, y cometidas en claro y directo beneficio de la entidad.

2.3 Las personas físicas capacitadas para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica de la letra a) del artículo 31 bis.1

El art. 31 bis continúa sin facilitar una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco lo hace ningún otro precepto del Código Penal, lo que exige acudir a las previsiones de la normativa civil y mercantil, en los términos que ya analizaba la Circular 1/2011 (II.1). El precepto sí introduce en la letra a) del apartado primero una significativa modificación en la definición de las personas físicas idóneas para que la persona jurídica responda penalmente, consistente en la sustitución de los «administradores de hecho o de derecho» por «aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma».

Cabe preguntarse por las razones de este cambio que, en una primera lectura, parece una simple mejora técnica. El Preámbulo no explica los motivos de la nueva redacción. En realidad, es discutible que el nuevo texto mejore el anterior pues, en contraposición a la nueva y compleja redacción, administrador de derecho y administrador de hecho eran términos ya consolidados en la legislación penal y mercantil y su alcance había sido reiteradamente interpretado por la Sala Segunda, particularmente en el ámbito de los delitos societarios.

La modificación, no obstante, sí tiene cierto calado, pues produce una ampliación del círculo de sujetos capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona

jurídica en el primer nivel del art. 31 bis.1, que queda así integrado por los tres siguientes grupos de personas físicas:

a) Los «representantes legales».

Se trata de un concepto ajeno a la legislación mercantil, que se refiere a la representación orgánica y a la voluntaria. En las sociedades de capital, la representación orgánica de la sociedad corresponde exclusivamente a los administradores y se extiende a todos los actos comprendidos en su objeto social (arts. 209, 233 y 234 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital –LSC–). La representación voluntaria no se regula en dicho texto, sometándose a las reglas generales de esta representación en nuestro ordenamiento. Por eso, aunque propiamente no cabe la delegación orgánica, nada impide el recurso a la representación voluntaria, mediante el nombramiento de apoderados singulares, con poderes otorgados en escritura pública y debidamente inscritos en el Registro Mercantil, o generales, como gerentes o directores generales.

Aunque para determinados efectos, «los directivos o las personas con poder de representación de la sociedad» se consideran administradores (art. 157 LSC), con carácter general resulta dudoso que tales representantes voluntarios puedan ser considerados «representantes legales» mas, en todo caso, accederían al apartado siguiente como «autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica.»

b) Quienes «actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica».

Con mejor redacción, se retoma la versión del Anteproyecto de 23 de julio de 2009 que, junto a los representantes y administradores de hecho o de derecho, incluía a «los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica». Comprende, desde luego, a los administradores de derecho que, en autoría única o colegiada, ejercen las funciones de administración de una sociedad en virtud de un título jurídicamente válido. Si se trata de una sociedad de capital, es preciso que el sujeto haya sido nombrado a tal efecto por la Junta de socios (art. 214.1 LSC). Debe tenerse en cuenta que administrador de derecho puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica, pero en este caso, «será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo» (art. 212 bis LSC).

No aparecen claramente incluidos en la nueva redacción los administradores de hecho. Es cierto que se trata de un concepto interpretado por la jurisprudencia en sentido lato, pues «... no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección» (STS n.º 59/2007, de 26 de enero), de tal modo que lo será «toda persona que por sí sola o conjuntamente con otras, adopta e impone las decisiones de la gestión de una sociedad y concretamente las expresadas en los tipos penales, quien de hecho manda o quien gobierna desde la sombra» (STS n.º 598/2012, de 5 de julio). En todo caso, el administrador de hecho nunca puede ser un mando intermedio, pues imparte las instrucciones, incluso a los administradores de la sociedad (art. 236.3 LSC), no las recibe ya que «debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión». (STS n.º 59/2007). Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los «autorizados para tomar decisiones», no en el de quienes «ostentan facultades de organización y control». Y aun para conseguir tal encaje ha de interpretarse que la autorización para

tomar decisiones en nombre de la persona jurídica puede ser también tácita. Otro entendimiento llevaría a la injustificada exclusión de los administradores de hecho del círculo de sujetos capaces de transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

La vigente redacción permite incluir también en este apartado a quienes, sin ser propiamente administradores ni representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones.

c) Quienes «ostentan facultades de organización y control».

La expresión engloba a un potencialmente alto número de cargos y mandos intermedios que tengan atribuidas tales facultades, entre ellas las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos. Esta nueva redacción amplía y define mejor la posición de garante en la empresa, utiliza un lenguaje más adecuado a las categorías de imputación y establece con mayor precisión el hecho de conexión que genera la responsabilidad penal de la persona jurídica lo que permite, como consecuencia más relevante, incluir en la letra a) del art. 31 bis.1 al propio oficial de cumplimiento (*compliance officer*).

2.4 El beneficio directo o indirecto de la persona jurídica

El art. 31 bis original exigía que la conducta de la persona física, en los dos títulos de imputación, se hubiera realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y «en su provecho». Esta última expresión suscitaba la duda de si tal provecho constituía propiamente un elemento subjetivo del injusto o un elemento objetivo. La Circular 1/2011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse.

Más problemático resultaba precisar si el provecho debía ser de naturaleza económica o podía serlo de otra índole. La diversidad de acepciones de la locución y el silencio del Legislador de 2010 permitían ambas interpretaciones, algo sobre lo que ya advirtieron el CGPJ y el Consejo de Estado en sus correspondientes dictámenes. La Circular 1/2011, apoyándose en el art. 52.4, se pronunció claramente por considerar «que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumplía las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros». No obstante, y aun cuando esta solución era mayoritariamente seguida por la doctrina, también cabía la interpretación restrictiva, lo que no resultaba conforme con los objetivos perseguidos al introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Haciéndose eco de estas dudas, la OCDE, en su informe correspondiente a la fase 3 de la evaluación sobre el cumplimiento en España del Convenio contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, alertaba de que la persona jurídica pudiera eludir su responsabilidad penal en los casos de obtención de un beneficio indirecto, como podía ser una ventaja competitiva.

La sustitución en la LO 1/2015 del término «provecho» por el de «beneficio directo o indirecto» despeja las dudas en favor de la interpretación lata que permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto (caso de las cadenas de sociedades), los

consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales.

La nueva expresión legal «en beneficio directo o indirecto» mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida «en provecho», como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su exclusivo beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a esta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella. Piénsese que, de ordinario, la persona física actuará motivada por el deseo de obtener un beneficio personal y no tanto, o en absoluto, con el ánimo de beneficiar a la sociedad. Valga el ejemplo del portero de una discoteca que, defectuosamente controlado por sus superiores, vende droga a los clientes en su propio beneficio económico lo que, indirectamente, puede redundar en beneficio de la sociedad a la que podría generar una mayor afluencia de clientes.

Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, al amparo de la estructura societaria, sean realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, y resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficio alguno, directo o indirecto.

La exigencia de «beneficio directo o indirecto» establecida en el art. 31 bis CP contrasta con el régimen del art. 129 CP pues este precepto solo requiere que el delito objeto de la condena haya sido cometido «en el seno, con la colaboración, a través o por medio de» la correspondiente entidad carente de personalidad jurídica, sin que se contemple en este caso que el delito se cometa por cuenta y en beneficio de una organización. Ahora bien, la naturaleza claramente punitiva de estas consecuencias accesorias —una vez desaparecida con la LO 5/2010 la referencia a su orientación preventiva—, su carácter potestativo y la necesidad de motivación, con escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad, exigirá una especial prudencia en su aplicación para evitar una inadmisibile responsabilidad objetiva.

La posibilidad de admitir la comisión culposa en el delito de la persona física queda abierta desde el momento en que la acción se valora como beneficiosa para la sociedad desde una perspectiva objetiva. Ha de reconocerse que tal posibilidad resulta, en principio, problemática, por la difícil compatibilidad de la fórmula «en beneficio directo o indirecto» con la estructura del delito imprudente, aun descartando que con ella se defina un elemento subjetivo. Por otra parte, las previsiones de política criminal tampoco buscan, en principio, sancionar al ente colectivo por la imprudencia de sus dirigentes o de los subordinados de estos defectuosamente controlados. Sin embargo, toda vez que el art. 31 bis no describe la conducta concreta de la persona física, es en los correspondientes preceptos de la Parte Especial donde se ha de examinar la previsión de su comisión culposa.

Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366). Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las

insolvencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.

Respecto de las insolvencias punibles, el art. 261 bis se remite a los «delitos comprendidos en este Capítulo», que incluye la modalidad culposa (art. 259.3). Lo mismo cabe decir del art. 328 y su remisión a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente del Capítulo III del Título XVI, cuya modalidad culposa se contempla en el art. 331. También el art. 576.5 extiende la responsabilidad de la persona jurídica a la imprudencia grave en el incumplimiento de las obligaciones de prevención de las actividades de financiación del terrorismo (art. 576.4). La cuarta previsión legal es más oscura pues el art. 302.2 parece remitirse solo a los «casos» del art. 302.1, esto es, a las organizaciones dedicadas al blanqueo. Sin embargo, cabe interpretar que la remisión que el art. 302.2 hace a «tales casos» se extiende también a «los supuestos previstos en el artículo anterior», lo que abarcaría la modalidad imprudente de blanqueo, reconocida en el art. 301.3. Esta exégesis resulta conforme con las obligaciones administrativas que la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone a los sujetos obligados personas jurídicas (art. 2.1) y que demandan su imputación cuando una persona física cometa un delito de blanqueo imprudente en las circunstancias previstas en el art. 31 bis. Por otra parte, sería incoherente dar un tratamiento diferente al incumplimiento imprudente de los deberes de prevención del blanqueo y al de la financiación del terrorismo, sometidos al mismo régimen legal.

2.5 El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la letra b) del artículo 31 bis 1

La LO 1/2015 sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Como se ha dicho, estos deberes son exigibles a las personas a que se refiere la letra a) y no directamente a la persona jurídica. Se trata por tanto de un incumplimiento de las personas físicas, por dolo o imprudencia grave, y no una culpabilidad por «defecto de organización» de la persona jurídica.

Bajo la anterior regulación, esta conclusión, que viene a definir el modelo de responsabilidad indirecta o vicarial de la persona jurídica suscitaba la objeción de que los representantes legales y administradores, dada su posición jerárquica en la empresa, no están en posición de ejercer un control real y efectivo sobre los subordinados. La ampliación de los sujetos responsables en la letra a), junto a la exigencia de que la deficiencia en el control sea grave, permite corregir este reparo, por otra parte solo predicable de las grandes empresas, con un gran número de mandos intermedios.

La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.

La clara disminución de la intervención punitiva que comporta la introducción del adverbio «gravemente» permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumpli-

mientos de escasa entidad, de acuerdo con una razonable aplicación del principio de intervención mínima. Tales incumplimientos deberían ser objeto de corrección por la correspondiente normativa administrativa y mercantil. En todo caso esta remisión a la normativa extrapenal es obligada desde el momento en que la exigencia de que la deficiencia en el control haya sido grave excede de las previsiones sectoriales que se contienen en todas las Decisiones Marco y, más recientemente, Directivas de la Unión Europea. En ellas se establece sistemáticamente la obligación de que las personas jurídicas sean sancionadas cuando exista una «falta de supervisión o control», que nunca adjetiva como grave.

Las sanciones no tienen que ser necesariamente penales, bastando con que sean «efectivas, proporcionales y disuasorias», pero, como atinadamente advierte el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto, si las sanciones penales se limitan a los incumplimientos graves, los incumplimientos de menor entidad deberán ser castigados administrativamente para cubrir la totalidad del reproche que establece la normativa comunitaria.

Cabría pensar en otra alternativa al referido doble sistema sancionador, penal para incumplimientos graves y administrativo para el resto de incumplimientos. La brinda la regla 2.ª del art. 66 bis CP que establece que «cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.» Toda vez que la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015.

Por lo tanto, para las infracciones menos graves de los deberes de control solo caben las sanciones administrativas. Sucede que tales sanciones complementarias de las penales solo están parcialmente reguladas en una normativa incompleta y dispersa que habrá de buscarse en las correspondientes leyes, generalmente mercantiles, que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica. Entre ellas, las relativas a los consumidores y usuarios, los mercados financieros, los mercados de valores o la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

Debe recordarse aquí que «si bien no existe una norma general expresada 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» (Instrucciones 10/2005 y 1/2009).

En tanto que la exigencia de un incumplimiento grave del deber de control supone una restricción del reproche penal, la sustitución del «debido control» por «los deberes de supervisión, vigilancia y control», si no amplía, al menos sí precisa mejor el contenido del deber, viniendo los términos «supervisión» y «vigilancia» a enfatizar que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros y a definir también más adecuadamente los deberes de los nuevos sujetos que, como el oficial de cumplimiento, se han incorporado al apartado primero a). En todo caso, la nueva formulación es conforme con la normativa mercantil. Así, la Ley de Sociedades de Capital, tras la reforma operada por Ley 31/2014, impone a los administradores el deber de diligencia «de un ordenado empresario» exigiéndoles adoptar «las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad» (art. 225). La supervisión es precisamente una de las facultades inde-

legables por el consejo de administración en relación con el «efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado» (art. 249 bis). Facultad indelegable que, en las sociedades cotizadas, se extiende, más detalladamente, a «la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control» (art. 529 ter, 1.b). Se trata, en definitiva, de que la delegación de funciones y el principio de confianza propios de la actividad societaria, no sirvan de excusa a los administradores para desatender los deberes de supervisión, vigilancia y control que les competen personalísimamente.

La cuestión ha sido abordada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo que, en las SSTs n.º 257/2009, de 30 de marzo, y 234/2010, de 11 de marzo, examina la posición de garante y la comisión por omisión en relación con la responsabilidad por la conducta de terceros subordinados al omitente o, al menos, terceros sobre los que el omitente ejerce una cierta autoridad y tiene la posibilidad de vigilancia que le permite evitar el resultado, cuando la actividad de aquellos sea considerada como una fuente de peligro para intereses ajenos. Sobre la responsabilidad por omisión en estructuras organizadas, la STS n.º 1193/2010, de 24 de febrero, advertía que «no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior, y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo. Dicha responsabilidad penal se extiende a aquellas «actividades o actuaciones que ordinariamente no generan peligro para terceros, si en el caso concreto, el directivo conoce la existencia del riesgo generado y la alta probabilidad de que supere el límite del riesgo jurídicamente permitido,» concluyendo la citada sentencia que «el directivo que dispone de datos suficientes para saber que la conducta de sus subordinados, ejecutada en el ámbito de sus funciones y en el marco de su poder de dirección, crea un riesgo jurídicamente desaprobado, es responsable por omisión si no ejerce las facultades de control que le corresponden sobre el subordinado o no actúa para impedirlo».

La nueva exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave determina que, junto a la persona jurídica, el omitente del control también pueda responder por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que traslada la conducta a la letra a). Se origina así la simultánea concurrencia de los dos criterios de atribución de responsabilidad a la persona jurídica: por un lado, el de la letra b), por el delito cometido por el subordinado, y, por otro, el de la letra a), por el delito implícito en el incumplimiento grave de sus deberes por las personas incluidas en este apartado. La extensión de la expresión «delitos cometidos» permite esta doble posibilidad de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, lo que tiene cierta trascendencia a la hora de apreciar la exención de responsabilidad penal dado el diferente régimen de exención de los dos títulos de imputación. Si bien en estos casos el autor en sentido estricto será el subordinado (letra b), en tanto que la persona incluida en la letra a) tendría la consideración de mero partícipe del delito cometido por este, lo cierto es que la conducta del encargado del control aparece como la realmente determinante de la transferencia de responsabilidad a la entidad, ya sea de manera directa en el caso de la letra a) ya indirecta, pues sin su infracción grave la conducta delictiva del subordinado deviene irrelevante. Por ello, en estos casos de concurrencia los Sres. Fiscales dirigirán la imputación a la persona jurídica por los dos títulos, sin necesidad de optar por uno u otro.

En cuanto a los delitos que provocan la responsabilidad de la persona jurídica, deben haber sido cometidos por los sujetos sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en la letra a) del apartado 1, siendo suficiente que operen en el

ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de estas. No es necesario que se establezca una vinculación formal con la empresa a través de un contrato laboral o mercantil, quedando incluidos autónomos o trabajadores subcontratados, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de control que se regulan inmediatamente a continuación, en el apartado 2 del mismo art. 31 bis. Precisamente, al modelo de responsabilidad por transferencia o vicarial se le ha venido también reprochando que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le era exigible. Aunque esto no es del todo cierto, pues el contenido real del mandato de la persona física y las posibles extralimitaciones de ese mandato pueden ser objeto de valoración entre tales «circunstancias» y la persona jurídica puede defenderse en el proceso de manera independiente de los acusados personas físicas, lo cierto es que esta objeción desaparece del todo con el trascendental valor que la reforma atribuye a los programas de control.

Naturalmente, cuando la infracción del deber de control no se haya producido o haya sido leve siempre cabe en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria de la persona jurídica, de conformidad con el art. 120. 4.º CP. Dicha responsabilidad se encuentra «anclada en los principios de culpa “*in vigilando*” y culpa “*in eligendo*”, que se erigen en fundamentos jurídicos como base de tal responsabilidad, haciendo notar que esos criterios han derivado a formas más objetivas encaminadas a la protección de las víctimas, vinculando la responsabilidad civil subsidiaria a aquellas personas o entidades que con la actividad del infractor obtienen un beneficio a costa de crear una situación de riesgo (teoría del riesgo) conforme al principio de ‘*qui sentit commodum, debet sentire incommodum*.’ [...]» (STS n.º 811/2014, de 3 de diciembre).

La responsabilidad civil subsidiaria queda igualmente como última vía reparadora en los casos en que la persona jurídica no sea responsable penalmente. En este sentido, la STS n.º 830/2014, de 28 de diciembre, recuerda que «ciertamente no puede llegarse a declararse un beneficio a la empresa por razón de tal actividad delictiva, al modo de como hoy se describe en el art. 31 bis del Código Penal, pero ha de convenirse que no estamos juzgando la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyos controles para su activación han de ser más rigurosos, sino estamos declarando un aspecto meramente civil, cual es la responsabilidad civil subsidiaria, que por tal carácter, deberá recaer directa y principalmente sobre el acusado [...] y tras su insolvencia en su principal, al no haberse implantado los controles necesarios para evitar este tipo de conductas en la empresa, estando justificada tal responsabilidad civil no solamente en los principios clásicos de la falta *in eligendo* o *in vigilando*, sino en la responsabilidad objetiva por la que esta Sala Casacional camina incesantemente para procurar la debida protección de las víctimas en materia de responsabilidad civil subsidiaria».

3. PERSONAS JURÍDICAS IMPUTABLES E INIMPUTABLES

Es una evidencia que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo en la delincuencia económica. Ello es especialmente predicable de las grandes

empresas cuya capacidad real de dominio constituye una de las razones político-criminales por las que se ha extendido en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el punto de llegar a considerarse que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo.

Nace así la responsabilidad empresarial como complemento de la individual, nunca como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas. El Derecho Comunitario es muy preciso cuando en las diferentes Decisiones Marco y Directivas que introducen la previsión de responsabilidad de las personas jurídicas expresamente establece que dicha responsabilidad «se entenderá sin perjuicio de las acciones penales que pudieran emprenderse contra las personas físicas...». Se eliminan así lagunas punitivas y se evita que los dirigentes de la persona jurídica caigan en la natural tentación de transferir su responsabilidad a esta. En coherencia con estos principios, el art. 31 ter deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad.

Este régimen de compatibilidad no entraña que, cumplidos los criterios legales de transferencia, la responsabilidad de la persona jurídica devenga inevitable. Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide –se dice en esta Circular– el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo.

El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, fueron introducidos en la LECrim por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

Ello ha generado alguna controversia procesal, de la que es buena muestra el auto de 19 de mayo de 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un procedimiento por blanqueo de capitales. Con ocasión de este pronunciamiento, el Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona jurídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e imputables, de tal manera que solo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente.

Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas:

1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, «el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.» Un ejemplo de este tipo de sociedades son las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiación del terrorismo como instrumento para colocar fondos al socaire de la actividad legal de la sociedad, simulando que es mayor de la que realmente tiene. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito. A ellas se refiere la regla 2.^a del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.» El precepto las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

3. Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo «carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos» (auto de 19 de mayo de 2014, cit.). Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. Por ejemplo, como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo, normalmente un bien inmueble (por su elevado valor) o activos financieros (por su dificultad para conocer su valor real). En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

Otros supuestos en que procede la exclusiva imputación de la persona física eran advertidos por la Circular 1/2011. Se trata de aquellos en que existe una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de manera que sus voluntades aparecen en la práctica totalmente solapadas o en que resulta irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, evitando así una doble incriminación que resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

El riesgo de incurrir en *bis in idem* es especialmente alto en el caso de las pequeñas empresas, tanto en los casos apuntados en la Circular 1/2011 [que se identifican con el hecho de conexión del art. 31 bis 1.º a)] como cuando la responsabilidad de la empresa por los actos de sus empleados se sustenta en la falta de control de sus responsables [art. 31 bis 1.º b)], que viene a confundirse con la propia falta de un sistema adecuado de control corporativo. Puede afirmarse que el sistema de responsabilidad, tal y como se ha diseñado, con las referencias al elenco de sujetos de la letra a), los deberes de control o los propios modelos de organización y gestión, está ideado fundamentalmente para la mediana y gran empresa, en coherencia con las apuntadas

razones de política criminal. Para las pequeñas empresas, las exigencias impuestas en los programas pueden resultar excesivas, aun con las correcciones del apartado 3 del art. 31 bis, cuestión esta que se analizará más adelante.

4. LAS PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS EXENTAS DE RESPONSABILIDAD

El art. 31 quinquies se refiere a las personas jurídicas exceptuadas del régimen de responsabilidad penal e incorpora el contenido del apartado quinto del anterior art. 31 bis con algunas modificaciones:

«1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

2. En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del art. 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

La primera modificación del art. 31 bis procede de la LO 7/2012, de 27 de diciembre, que reformó el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, y fue aprovechada en su tramitación parlamentaria para eliminar del listado de sujetos excluidos a los partidos políticos y a los sindicatos. Aunque la exclusión del régimen de responsabilidad penal proclamada solo dos años antes podía justificarse en atención a las funciones que la Constitución les reconoce en sus arts. 6 y 7, también es cierto que las asociaciones empresariales son objeto en este segundo precepto de idéntico tratamiento que los sindicatos, sin que por ello se les hubiera declarado entonces exentas de responsabilidad penal. El Preámbulo de la LO 7/2012 explicó sucintamente la repentina atribución de responsabilidad penal a partidos políticos y sindicatos asegurando que «de este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política».

Junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la disposición adicional séptima de la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, tras la modificación operada por la LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos.

Con idéntico régimen de responsabilidad penal que cualquier sociedad mercantil, las singularidades de partidos políticos y sindicatos determinan, no obstante, que sus modelos de organización y gestión deban acomodarse a sus especiales características (participación ciudadana y democracia interna) y riesgos. En cuanto a estos, parece claro que los programas de prevención atenderán especialmente a las conductas de financiación ilegal.

Debe destacarse que, a diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente obliga a los partidos políticos a «adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordena-

miento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal».

En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (modificado por LO 3/2015) que regula las causas de disolución del partido político, que alcanza a supuestos no contemplados en el Código Penal [letras b) y c) del apartado 2 del art. 10 de la LO], el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad y consecuente disolución en tales supuestos y los efectos de la disolución judicial. En cuanto a la suspensión judicial de un partido político, esta solo procederá en los supuestos previstos en el Código Penal, siendo posible acordar la suspensión como medida cautelar, tanto conforme a las disposiciones de la LECrim como conforme al art. 8 de la LO (art. 10.3).

El resto del contenido del anterior número 5 del art. 31 bis se conserva inalterado en el art. 31 quinquies.1 y por lo tanto mantiene sus imprecisiones terminológicas. Respecto del Estado, su inicial mención permitiría englobar a todas las Administraciones, como más sencillamente establece el Código Penal francés (art. 121-2), lo que haría innecesario el ulterior listado de órganos del sector público estatal. Sin embargo, el art. 31 quinquies se adentra en el frecuentemente inseguro terreno de las relaciones y lo hace con una terminología que no siempre se acomoda a las correspondientes clasificaciones administrativas, por otra parte cambiantes, que configuran el sector público, formado por tres sectores: el sector público administrativo, el sector público empresarial, y el sector público fundacional.

En el sector público administrativo se encuadran los organismos autónomos, las entidades estatales de derecho público (entre ellas algunos de los llamados «organismos reguladores») y los consorcios, conforme se establece en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en vigor el 2 de octubre de 2016 y que deroga la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La referencia legal a «aquellas otras [organizaciones] que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» permite incluir todo el sector público administrativo.

En cuanto al sector público empresarial, las sociedades mercantiles estatales, mencionadas en el primitivo art. 31 bis 5.º, habían sido objeto de especial controversia. La OCDE, en el ya citado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, mostraba su preocupación porque las sociedades estatales pudieran eludir el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas. Esta organización llamaba especialmente la atención sobre la titularidad pública de las acciones de las entidades financieras rescatadas por el Estado a través del FROB, alertando de que «en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales» y concluía su informe recomendando una reforma del Código Penal que aclarara que las sociedades estatales eran penalmente responsables del delito del actual art. 286 ter.

Atendiendo a esta recomendación, la LO 1/2015 reconoce la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, a las que dedica el apartado 2 del art. 31 quinquies, si bien limita las penas que le pueden ser impuestas a las previstas en las letras a) y g) del art. 33.7 CP, esto es, la multa y la intervención judicial. Al referirse a las sociedades mercantiles públicas y no solo a las estatales, quedan también claramente incluidas las constituidas por las Comunidades Autónomas y las Entidades locales.

Para que sea aplicable esta cláusula limitativa de las penas a las sociedades mercantiles públicas es necesario que las mismas «ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general». Si bien la ejecución y prestación de tales

políticas y servicios se atribuye de ordinario en el ámbito estatal a los organismos autónomos, los consorcios o a las entidades públicas empresariales (Ley 6/1997 y la Ley 40/2015, de 1 de octubre), no resulta infrecuente que las sociedades estatales, especialmente las de capital exclusivo público, presten servicios públicos de interés económico general. Será finalmente el análisis del concreto fin público que desarrolla cada sociedad el que determine la calificación y relevancia del servicio prestado, pues el concepto de servicio público, desde una perspectiva funcional del patrimonio público, no ha de entenderse ligado o encorsetado por categorías administrativas, como interpreta la más reciente jurisprudencia en relación con el subtipo agravado del vigente art. 432.3 a) CP (STS n.º 277/2015, de 3 de junio).

Aunque no aparecen expresamente mencionadas, deben considerarse igualmente exentas de responsabilidad las fundaciones públicas, integradas en el sector público fundacional, dado su sometimiento al Derecho administrativo (Ley 40/2015, Ley 50/2002, de Fundaciones, y Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General presupuestaria). Su actividad está siempre relacionada con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, sin que ello suponga la asunción de competencias propias (art. 128 Ley 40/2015). Sus presupuestos, contabilidad, auditoría de cuentas y selección de personal se rigen por disposiciones administrativas, como su régimen de contratación, que se somete a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público [art. 4.2 g) Ley 47/2003 y 131 de la Ley 40/2015] y su control, encomendado a la Intervención General de la Administración del Estado.

En definitiva, las fundaciones públicas no son sino simples formas de gestión, cuya existencia se debe a una decisión administrativa que debe obedecer al mejor cumplimiento de los fines de interés general. Si bien la fundación pública solo desarrolla tales actividades de interés general y nunca de carácter mercantil o industrial (Instrucción n.º 1/2008, de 5 de febrero, de la Abogacía del Estado), aun cuando llevara a cabo ciertas actividades con fines lucrativos, mientras siga atendiendo necesidades de interés general, será considerada un organismo de derecho público (sentencia TJCE de 10 de abril de 2008, asunto C-393/06). Por todo lo expuesto, su exclusión del régimen del art. 31 bis no ofrece duda, aunque una vez escogida por el Legislador la técnica del listado, hubiera sido muy oportuna su incorporación al mismo.

Lo dicho es extensible a las fundaciones del sector público autonómico, respecto de las que cada Comunidad Autónoma tiene su propia regulación, y local, pues si bien la constitución de fundaciones locales es una posibilidad no prevista expresamente en la legislación local, resulta inherente a la libre organización de los servicios públicos locales.

Tras la reforma legal subsisten las dudas respecto de los Colegios profesionales. La Circular 1/2011 entendió que su responsabilidad penal no podía considerarse excluida con carácter general, «por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística». Tras la inclusión de los partidos políticos y los sindicatos en el régimen de responsabilidad penal, debe rectificarse este criterio. Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art. 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras

de comercio, los sindicatos o los propios partidos políticos. Esta interpretación restrictiva es plenamente conforme con todas las Decisiones Marco y Directivas sectoriales que solo excluyen del concepto de persona jurídica responsable a los Estados, a los organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y a las organizaciones internacionales públicas.

El último inciso del párrafo segundo establece una excepción al régimen de exclusión de las sociedades mercantiles públicas, que se refiere a las estructuras jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal. La norma exige que la sociedad se haya constituido *ad hoc* con tal objetivo, por lo que la ilegalidad sobrevenida de la sociedad no será relevante. Esta excepción, que se extendía en el anterior art. 31 bis 5.º a todas las personas jurídicas públicas, queda restringida tras la reforma a las sociedades mercantiles públicas. Esta limitación en principio no producirá lagunas punitivas pues se trata de una conducta difícil de imaginar en los organismos, entidades y organizaciones mencionadas en el núm. 1 del art. 31 quinquies, a salvo, tal vez, algunas entidades públicas empresariales, de naturaleza más próxima a las sociedades mercantiles públicas.

5. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: LOS MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

El aspecto más novedoso de la reforma de 2015 es la completa regulación en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 31 bis de los programas de cumplimiento normativo o *compliance guides*, denominados modelos de organización y gestión:

«2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas

dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

5.1 Antecedentes y principios generales

En la primitiva regulación de 2010 no había más referencia a los programas de cumplimiento que la contemplada en la atenuante de la letra d) del art. 31 bis. 4: «haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica». La atenuante abría un interrogante sobre los beneficios que pudieran derivarse para la persona jurídica cuando tales medidas hubieran sido establecidas con anterioridad a la comisión del hecho delictivo. De la ausencia de la correspondiente eximente en el Código Penal podía colegirse que la previa adopción de un plan de prevención no excluía la responsabilidad penal de la persona jurídica, posición mantenida en la Circular 1/2011. Sin embargo, y en sentido contrario, el valor atenuante otorgado a los planes implantados tras la comisión del delito parecía demandar para los que ya regían con anterioridad una mayor recompensa, abriéndose paso en un sector doctrinal la solución de apreciar la completa exención de responsabilidad penal. En definitiva, se trataba de una regulación incompleta que exigía dotar de contenido valorativo el «debido control» del párrafo segundo del art. 31 bis.1 para aclarar si este remitía a la persona jurídica o a las personas físicas que la organizan y controlan.

Como se ha dicho, la LO 1/2015 sigue atribuyendo el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») a las personas físicas de la letra a) del

art. 31 bis.1 y no a la propia persona jurídica, con lo que estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, que reside en la comisión de un delito por las personas físicas a las que se refieren las dos letras del art. 31 bis.1 en las concretas circunstancias que detalla.

No obstante lo expuesto, el Legislador de 2015 ha decidido que estos códigos de buenas prácticas, que en traducción casi literal toma del Decreto Legislativo 231/2011 italiano, eximan de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones. Ello viene a matizar el modelo de responsabilidad vicarial diseñado, del que se destierra así cualquier atisbo de responsabilidad objetiva. De este modo, el objeto del proceso penal se extiende ahora también y de manera esencial a valorar la idoneidad del programa de cumplimiento adoptado por la corporación.

Naturalmente, promover que las personas jurídicas se estructuren dotándose de sistemas organizativos y de control que, entre otras cosas, tiendan a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, lograr su descubrimiento constituye un objetivo loable y merece una valoración positiva. En este sentido, la OCDE y la Unión Europea han mostrado especial preocupación por el establecimiento de un adecuado control y una eficiente y prudente gestión de los riesgos societarios.

Lo que no resulta tan plausible es que sea el Legislador penal quien, mediante una regulación necesariamente insuficiente de los requisitos que han de cumplir los programas normativos, haya asumido una tarea más propia del ámbito administrativo. Los programas comportan exigencias de naturaleza societaria, propia estructura orgánica corporativa, requieren un alto grado de desarrollo y tienen una evidente finalidad preventiva, razones que deberían haber llevado esta regulación a la correspondiente legislación mercantil, a la que el juez pudiera acudir para valorar la existencia en la empresa de una organización adecuada para prevenir delitos, de modo similar a como ocurre con la normativa de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (Ley 10/2010 y Real Decreto 304/2014).

En puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. La empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, por supuesto, con la legalidad penal pero no solo con ella, único contenido que el Legislador de 2015 expresamente impone a los modelos de organización y gestión, que todavía restringe más al limitar esa suerte de *compliance* penal a los «delitos de la misma naturaleza».

Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, una consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal.

5.2 El régimen de exención de los dos títulos de imputación de la persona jurídica

El art. 31 bis extiende el valor eximente de los modelos de organización y control a los dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica: delitos cometidos por sus administradores y directivos y delitos cometidos por los subordinados descontrolados por aquellos, a los que se refieren las letras a) y b) del

apartado 1, respectivamente. Lo hace con un doble régimen de exención, sustancialmente idéntico pero con algunos matices que dibujan un marco de exoneración de la persona jurídica algo más amplio para las conductas de los subordinados.

La decisión del Legislador, ciertamente plasmada con poca claridad en el precepto, atiende a la superior trascendencia que cabe otorgar a los modelos de organización respecto de los delitos cometidos por los subordinados. En estos, la referencia a «las concretas circunstancias del caso» [letra b) del art. 31 bis 1] permite ya valorar la existencia y eficacia de estos programas en relación con el defectuoso control ejercido por las personas del art. 31 bis. 1 a). Sin embargo, respecto de los administradores y directivos la exención resulta menos justificada, porque la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica, que en este supuesto es automática y no precisa de un deficiente control, no debe quedar anulada mediante la invocación de una correcta organización que, en definitiva, tales personas encarnan. Por eso, el régimen de exención habrá de interpretarse de modo que el título de imputación de la letra a) del apartado primero no quede desnaturalizado y la responsabilidad penal de las personas jurídicas vacía de contenido. Lo sugería el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto al advertir que «la designación de representantes legales y la decisión de confiar poderes de representación debe responder, por sí misma, a una reflexión organizativa sobre el modo en que tales representantes y apoderados han de actuar», lo que genera «una cierta tautología entre la actuación de unos representantes y apoderados y la existencia de una clara organización y estructura de funcionamiento».

La descripción legal aborda con un mayor grado de detalle las medidas preventivas que debe adoptar la persona jurídica cuando se trata de delitos cometidos por los administradores o directivos que cuando se trata de sus subordinados. El apartado 4, dedicado a estos últimos, reproduce con diferencias de redacción poco significativas la condición 1.ª del apartado 2. En efecto, ni desde un punto de vista semántico, ni lógico ni teleológico existen razones para distinguir entre los modelos de organización y gestión exigibles a ambas categorías que, en todo caso, deberán ser «idóneos» o «adecuados» y cumplir los requisitos numerados en el apartado 5, expresamente declarados aplicables a los dos títulos de imputación. Sin embargo, el apartado 4 no se refiere al resto de las condiciones establecidas en el apartado 2. Pese a este silencio, la exigencia de un órgano de supervisión del modelo (condición 2.ª del apartado 2) es también común a ambos títulos de imputación (a él alude el cuarto requisito del apartado 5). Lo mismo sucede con la condición 4.ª, que resulta aplicable a ambos regímenes de exención pues si el órgano de control ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones el modelo no habrá sido ejecutado con la eficacia que tanto el apartado 2 como el apartado 4 imponen y necesariamente se habrá incumplido también alguno de los seis requisitos que, para uno y otro modelo de organización, establece el apartado 5.

En realidad, la única diferencia del doble régimen de exención de las personas jurídicas, se recoge en la condición 3.ª del apartado 2 que solo es predicable de los delitos cometidos por los sujetos del apartado a). Esta condición no se contempla para los subordinados, lo que permite a la persona jurídica eludir su responsabilidad en los supuestos de la letra b) simplemente acreditando que su modelo era adecuado, sin necesidad de probar que el dependiente había actuado fraudulentamente. En el modelo establecido debe acreditarse que el sujeto encargado de la vigilancia y control incumplió gravemente sus deberes, pero no es exigible recíprocamente a la persona jurídica que para eximirse de responsabilidad pruebe que el dependiente burló fraudulentamente el modelo de control.

Se diseña así un marco de exención de responsabilidad de la persona jurídica ligeramente más amplio para los delitos cometidos por los subordinados. Nótese, no obstante que, en la práctica, la mínima diferencia que comporta la condición 3.ª del

apartado 2 será relativa pues, a salvo las conductas imprudentes, difícilmente podrá acreditarse que un programa es eficaz si puede ser quebrado por los dependientes sin la concurrencia de una conducta que comporte algún tipo de fraude.

5.3 Condiciones y requisitos de los modelos de organización y gestión

En el apartado 2 del art. 31 bis se formulan las cuatro condiciones que las personas jurídicas deben cumplir para quedar exentas de responsabilidad, aplicables las dos primeras y la cuarta a los dos títulos de imputación y la tercera solo a los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra a), en los términos ya expuestos.

Más allá de establecer unas pautas mínimas de referencia, no es el propósito de esta Circular desarrollar el contenido de las condiciones y requisitos de los programas de prevención comprendidos en las necesariamente genéricas disposiciones del art. 31 bis.

Como criterio interpretativo, y con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, resulta útil acudir a la normativa sectorial de las entidades para las que sí está específicamente prevista una determinada organización y gestión del riesgo: las Circulares de la CNMV n.º 6/2009, de 9 de diciembre, sobre control interno de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y n.º 1/2014, de 26 de febrero, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión, el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, publicado por la CNMV el 24 de febrero de 2015 o el propio Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en su capítulo IV y a lo largo de catorce artículos desgrana los procedimientos de control interno de los sujetos obligados, los análisis de riesgo, el contenido mínimo del manual de prevención, los órganos y medidas de control, sus obligaciones en materia de formación y los estándares éticos en la contratación de empleados y directivos.

La primera condición del apartado 2 del art. 31 bis impone al órgano de administración que haya «adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión», de los que solo demanda que contengan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. Los requisitos de tales modelos se establecen en el apartado 5 del art. 31 bis.

Los programas deben ser claros, precisos y eficaces y, desde luego, redactados por escrito. No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos.

No es infrecuente en la práctica de otros países que, para reducir costes y evitar que el programa se aleje de los estándares de la industria de los *compliance*, las compañías se limiten a copiar los programas elaborados por otras, incluso pertenecientes a sectores industriales o comerciales diferentes. Esta práctica suscita serias reservas sobre la propia idoneidad del modelo adoptado y el verdadero compromiso de la empresa en la prevención de conductas delictivas.

A la necesidad de que la persona jurídica identifique y gestione adecuadamente los riesgos, estableciendo las medidas para neutralizarlos, alude el primer requisito del apartado 5. La persona jurídica deberá establecer, aplicar y mantener procedimientos eficaces de gestión del riesgo que permitan identificar, gestionar, controlar y

comunicar los riesgos reales y potenciales derivados de sus actividades de acuerdo con el nivel de riesgo global aprobado por la alta dirección de las entidades, y con los niveles de riesgo específico establecidos. Para ello el análisis identificará y evaluará el riesgo por tipos de clientes, países o áreas geográficas, productos, servicios, operaciones, etc., tomando en consideración variables como el propósito de la relación de negocio, su duración o el volumen de las operaciones.

En las empresas de cierto tamaño, es importante la existencia de aplicaciones informáticas que controlen con la máxima exhaustividad los procesos internos de negocio de la empresa. En general, pues depende del tamaño de la empresa, ningún programa de *compliance* puede considerarse efectivo si la aplicación central de la compañía no es mínimamente robusta y ha sido debidamente auditada.

El requisito segundo del apartado 5 se refiere a los protocolos y procedimientos de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción y de ejecución de decisiones. Tales procedimientos deben garantizar altos estándares éticos, de manera singular en la contratación y promoción de directivos y en el nombramiento de los miembros de los órganos de administración. Además de la obligación de atender a los criterios de idoneidad fijados por la normativa sectorial y, en defecto de tales criterios, la persona jurídica debe tener muy en consideración la trayectoria profesional del aspirante y rechazar a quienes, por sus antecedentes carezcan de la idoneidad exigible.

Aunque la comisión del delito puede interpretarse como una inicial muestra de la ineficacia del modelo, lo cierto es que no puede descalificarse por ello automáticamente un programa por inefectivo. El delito no invalida necesariamente el programa de prevención, que puede haber sido diseñado e implementado adecuadamente sin llegar a tener una eficacia absoluta. En atención a esta realidad, la idoneidad se establece en el articulado con carácter relativo, admitiendo como eficaz un programa que solo permite «reducir de forma significativa» el riesgo de comisión del delito, adjetivación imprecisa que obligará al juez a efectuar un difícil juicio hipotético y retrospectivo sobre la probabilidad que existía de la comisión de un delito que ya se ha producido.

Si bien esta primera condición del apartado 2 no lo menciona expresamente, un modelo de organización y gestión, además de tener eficacia preventiva debe posibilitar la detección de conductas criminales. Lo sugiere el cuarto requisito del apartado 5, cuando impone «la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención.» La existencia de unos canales de denuncia de incumplimientos internos o de actividades ilícitas de la empresa es uno de los elementos clave de los modelos de prevención. Ahora bien, para que la obligación impuesta pueda ser exigida a los empleados resulta imprescindible que la entidad cuente con una regulación protectora específica del denunciante (*whistleblower*), que permita informar sobre incumplimientos varios, facilitando la confidencialidad mediante sistemas que la garanticen en las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos...) sin riesgo a sufrir represalias.

La obligación de establecer un sistema disciplinario adecuado que sancione el incumplimiento de las medidas adoptadas en el modelo, recogida en el quinto requisito, presupone la existencia de un código de conducta en el que se establezcan claramente las obligaciones de directivos y empleados. Las infracciones más graves, lógicamente, serán las constitutivas de delito, debiendo contemplarse también aquellas conductas que contribuyan a impedir o dificultar su descubrimiento así como la infracción del deber específico de poner en conocimiento del órgano de control los incumplimientos detectados a que se refiere el requisito cuarto.

El sexto requisito del apartado 5 impone a la persona jurídica el deber de verificar periódicamente la eficacia del modelo. Aunque el texto no establece plazo ni procedimiento alguno de revisión, un adecuado modelo de organización debe contemplarlos

expresamente. Además, el modelo deberá ser revisado inmediatamente si concurren determinadas circunstancias que puedan influir en el análisis de riesgo, que habrán de detallarse y que incluirán, además de las indicadas en este requisito, otras situaciones que alteren significativamente el perfil de riesgo de la persona jurídica (por ej., modificaciones en el Código Penal que afecten a la actividad de la corporación).

Aun cumpliéndose todas las condiciones y requisitos examinados, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control, conforme dispone la tercera condición del apartado segundo, solo aplicable, como se ha dicho, a los delitos referidos en la letra a) del apartado 1.

El último párrafo del apartado 2 contempla la posibilidad de atenuar la pena cuando las anteriores condiciones, que ahora denomina «circunstancias», solamente puedan ser objeto de acreditación parcial. La previsión se presenta a modo de exigente incompleta que, con mejor sistemática, debería haberse incluido en el catálogo cerrado de atenuantes del art. 31 quater y, sobre todo, haberse redactado de forma que su preceptiva aplicación quedase más clara, defecto que corrige en parte la remisión del mejor formulado segundo párrafo del apartado 4.

La referencia a la «acreditación parcial» no significa que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado parcialmente sino que no concurren todos los elementos y requisitos que indica el apartado, a la manera en que se ordena en la atenuante 1.^a del art. 21 CP. Dicho de otro modo, la acreditación parcial no implica una rebaja de las exigencias probatorias sino sustantivas, esto es, que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

El párrafo segundo del apartado 4 declara aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 a los delitos de los subordinados en «los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial». De tales circunstancias, o condiciones, solamente la 3.^a resulta inaplicable a los delitos cometidos por los subordinados, como ya se ha expuesto.

5.4 El oficial de cumplimiento

La segunda condición del apartado 2 del art. 31 bis atribuye la supervisión del modelo de prevención de delitos implantado a un órgano específico de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que deberá ser creado específicamente para asumir esta función, salvo en aquellas entidades en las que, por ley, ya se encuentra previsto para verificar la eficacia de los controles internos de riesgos de la persona jurídica, entre los que se encuentra la prevención de delitos. Este es el caso de las empresas de servicios de inversión a que se refiere el art. 193. 2 a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores y que reproduce el contenido del art. 70 ter de la derogada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, cuyo desarrollo se contiene en las Circulares de la CNMV n.º 6/2009 y 1/2014. También existe previsión normativa para los sujetos obligados personas jurídicas en relación con la prevención del delito de blanqueo de capitales (arts. 2 y 26. 1 de la Ley 10/2010) y para las sociedades cotizadas, si bien sin rango legal pues es en el Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas elaborado por la CNMV donde se establece que «la sociedad dispondrá de una función de control y gestión de riesgos ejercida por una unidad o

departamento interno, bajo la supervisión directa de la comisión de auditoría o, en su caso, de otra comisión especializada del consejo de administración» (principio 21).

En uno y otro supuesto (con la función más limitada de prevención de delitos o con la más amplia de control interno), la norma se está refiriendo a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*) que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o por varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

El texto no establece el contenido de las funciones de supervisión del oficial de cumplimiento. Deberá participar en la elaboración de los modelos de organización y gestión de riesgos y asegurar su buen funcionamiento, estableciendo sistemas apropiados de auditoría, vigilancia y control para verificar, al menos, la observancia de los requisitos que establece el apartado 5 del artículo pues un ejercicio insuficiente de sus funciones impedirá apreciar la exención, como establece la cuarta y última condición del apartado 2. Para ello, deberá contar con personal con los conocimientos y experiencia profesional suficientes, disponer de los medios técnicos adecuados y tener acceso a los procesos internos, información necesaria y actividades de las entidades para garantizar una amplia cobertura de la función que se le encomienda. Puede resultar ilustrativa para definir el contenido de la función de cumplimiento normativo la norma 5.ª de las citadas Circulares n.º 6/2009 y 1/2014 de la CNMV, que establece de forma pormenorizada el contenido de tal función, la primera para sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y sociedades de inversión y, la segunda, para las entidades que prestan servicios de inversión, que se aplica tanto a empresas de inversión como de crédito.

El oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación. Ello no implica que este órgano deba desempeñar por sí todas las tareas que configuran la función de cumplimiento normativo, que pueden ser realizadas por otros órganos o unidades distintos al específico de cumplimiento normativo, como la unidad de riesgos, la unidad de control interno, el servicio de prevención de riesgos laborales o el de prevención del blanqueo. Lo esencial será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tareas.

Tampoco existe inconveniente alguno en que una gran compañía pueda recurrir a la contratación externa de las distintas actividades que la función de cumplimiento normativo implica. Carecería de sentido y restaría eficacia al modelo imponer a una multinacional la realización y control interno de todas las tareas que integran la función de cumplimiento normativo. Lo verdaderamente relevante a los efectos que nos ocupan es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sean desempeñadas por ese órgano. Muchas de ellas incluso resultarán tanto más eficaces cuanto mayor sea su nivel de externalización, como ocurre por ejemplo con la formación de directivos y empleados o con los canales de denuncias, más utilizados y efectivos cuando son gestionados por una empresa externa, que puede garantizar mayores niveles de independencia y confidencialidad.

No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión, que en las sociedades cotizadas tiene la condición de facultad indelegable [art. 529 ter b) LSC].

Precisamente por ello, pese a que se pretende que el oficial de cumplimiento sea lo más independiente posible, al ser un órgano de la persona jurídica designado por el órgano de administración, al que asimismo debe vigilar, difícilmente gozará de plena

autonomía en su función. Para conseguir los máximos niveles de autonomía, los modelos deben prever los mecanismos para la adecuada gestión de cualquier conflicto de interés que pudiera ocasionar el desarrollo de las funciones del oficial de cumplimiento, garantizando que haya una separación operacional entre el órgano de administración y los integrantes del órgano de control que preferentemente no deben ser administradores, o no en su totalidad.

Es preciso realizar, por último, una referencia a la posición del oficial de cumplimiento en relación con su responsabilidad penal y la de la persona jurídica.

Por un lado, el oficial de cumplimiento puede con su actuación delictiva transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica a través de la letra a) puesto que, como se ha dicho, está incluido entre las personas que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. Por otro lado, puede ser una de las personas de la letra a) que al omitir gravemente el control del subordinado permite la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. En este supuesto, la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Finalmente, si el oficial de cumplimiento omite sus obligaciones de control, la persona jurídica en ningún caso quedará exenta de responsabilidad penal (condición 4.^a del art. 31 bis 2).

De conformidad con este planteamiento, la exposición personal al riesgo penal del oficial de cumplimiento no es superior a la de otros directivos de la persona jurídica. Comparativamente, su mayor riesgo penal sólo puede tener su origen en que, por su posición y funciones, puede acceder más frecuentemente al conocimiento de la comisión de hechos delictivos, especialmente dada su responsabilidad en relación con la gestión del canal de denuncias y siempre que la denuncia se refiera a hechos que se están cometiendo y que, por tanto, el oficial de cumplimiento pueda impedir con su actuación.

5.5 El régimen especial de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones

El apartado 3 del art. 31 bis contiene un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, consideradas como tales, con arreglo a un criterio contable, aquellas sociedades autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada. La única especialidad que el Legislador dispensa a estas entidades consiste en eximir las del cumplimiento de la condición segunda del apartado anterior, de modo que las funciones del oficial de cumplimiento las desempeñe directamente el órgano de administración. Se mantiene, por lo tanto, la obligación de adoptar los modelos de organización y gestión, con los requisitos contemplados en el apartado 5.

No obstante tal obligación, las características de los modelos de organización y control de estas personas jurídicas de pequeñas dimensiones deberán acomodarse a su propia estructura organizativa, que no puede compararse con la de las empresas dotadas de una organización de cierta complejidad, que les viene en buena medida legalmente impuesta.

Estas pequeñas organizaciones podrán, por lo tanto, demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, que les permita acreditar su cultura de cumplimiento normativo, más allá de la literalidad del precepto y en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal.

Teniendo presentes las especiales características de algunas de estas sociedades, en las que será habitual la confusión entre la responsabilidad de la persona física a la que incumbe el deber de vigilancia y el órgano de cumplimiento que ella misma encarna, los Sres. Fiscales, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*, extremarán la prudencia en su imputación.

5.6 Criterios para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión

A tenor de lo ya expuesto, no resultará sencillo a Fiscales y Jueces comprobar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y, sobre todo, los requisitos respectivamente establecidos en los apartados 2 y 5 del art. 31 bis. De cualquier modo, la concurrencia de unas y otros permitirá evaluar la existencia e idoneidad del modelo, no tanto el exigible grado de seguimiento en la corporación.

Aunque no es fácil establecer unos criterios uniformes aplicables a los diferentes tipos de sociedades, su concreta organización, sus modelos de negocio, la naturaleza y extensión de sus transacciones, sus productos o servicios o sus clientes, parece oportuno intentar proporcionar a los Sres. Fiscales algunos primeros criterios interpretativos para que, más allá de lo hasta ahora expuesto al examinar el contenido de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis, valoren la adecuación y eficacia de los modelos de organización y gestión, en la pretensión de facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público en una materia tan novedosa y trascendental. Del mismo modo, las sociedades potencialmente responsables de los delitos cometidos en su seno demandan unos criterios homogéneos, claros y lo más objetivos posibles de cómo van a ser valorados tales modelos por la Fiscalía. Es por ello que, sin perjuicio de las muy diversas circunstancias atendibles en cada caso concreto, se proporcionan las siguientes pautas exegéticas de carácter general:

Primera. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica. Precisamente la OCDE, en el repetidamente mencionado informe adoptado por el Grupo de Trabajo en 2012, alerta sobre estos programas, recomendando que su implementación por la persona jurídica no pueda ser usada como defensa para eludir la responsabilidad. Ha de evitarse, por lo tanto, que la mera adopción de estos modelos, que profusamente ofrece el mercado especializado, constituya un salvoconducto para la impunidad de la persona jurídica blindándola, no solo por los actos de las personas de menor responsabilidad en la empresa sino también por los de quienes la administran, representan y hasta diseñan y vigilan la observancia de tales programas.

Segunda. Como se ha expuesto, los modelos de organización y gestión no solo tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial. Por eso, la clave para valorar su verdadera eficacia no radica tanto en la existencia de un programa de prevención sino en la importancia que tiene en la toma de decisiones de sus dirigentes y empleados y en qué medida es una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Este criterio general presidirá la interpretación por los Sres. Fiscales de los modelos de organización y gestión para determinar si, más allá de su conformidad formal con las condiciones y requisitos que establece el precepto, expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

Tercera. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

Cuarta. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección de la compañía. El comportamiento y la implicación del

Consejo de Administración y de los principales ejecutivos son claves para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Por el contrario, su hostilidad hacia estos programas, la ambigüedad, los mensajes equívocos o la indiferencia ante su implementación traslada a la compañía la idea de que el incumplimiento es solo un riesgo que puede valer la pena para conseguir un mayor beneficio económico. Si los principales responsables de la entidad incumplen el modelo de organización y de prevención o están recompensando o incentivando directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa.

Por lo tanto, la responsabilidad de la sociedad no puede ser la misma si el delito lo comete uno de sus administradores o un alto directivo que si lo comete un empleado. El primer supuesto revela un menor compromiso ético de la sociedad y pone en entredicho la seriedad del programa, de tal modo que los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz si un alto responsable de la compañía participó, consintió o toleró el delito.

Quinta. Aunque, como se ha expuesto supra, cabe un beneficio indirecto de la persona jurídica, la responsabilidad corporativa no debe valorarse igual en los supuestos en los que la conducta criminal redunde principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al perseguido por el delincuente. En estos casos, debe tenerse en cuenta que el valor preventivo de un programa de cumplimiento, aun adecuadamente diseñado e implementado, es escaso ante la decisión de cometer un delito y que su carga intimidatoria será más baja que la representada por la propia amenaza de una sanción penal. La mejor vía de prevención de estas conductas es la adecuada selección de directivos y empleados. Por lo tanto, en los supuestos en los que el delito fue cometido por el sujeto en beneficio propio, con un beneficio solo indirecto para la persona jurídica, los Sres. Fiscales deberán valorar de manera especial que los modelos de organización y control de la compañía establezcan altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados y su aplicación en el caso concreto.

Sexta. Si bien la detección de delitos no está expresamente incluida en la enunciación ni en los requisitos de los modelos de organización y gestión, forma parte, junto con la prevención, de su contenido esencial. Teniendo en cuenta que cualquier programa de prevención, por eficaz que sea, soportará un cierto riesgo residual de comisión de delitos, la capacidad de detección de los incumplimientos lucirá como un elemento sustancial de la validez del modelo. En consecuencia, los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la eficacia del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

Séptima. Se ha dicho antes, que la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, mas también es cierto que este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal. Todas estas circunstancias deberán ser tenidas en cuenta para valorar la eficacia del modelo.

Octava. El comportamiento de la corporación en relación con anteriores conductas es relevante para deducir la voluntad de cumplimiento de la persona jurídica y en qué medida el delito representa un acontecimiento puntual y ajeno a su cultura

ética o, por el contrario, evidencia la ausencia de tal cultura, desnudando el modelo de organización como un mero artificio exculpatorio. La compañía podrá acreditar que, aun fallido en el caso concreto, el modelo ha funcionado eficazmente en anteriores ocasiones. La firmeza en la respuesta ante vulneraciones precedentes transmite igualmente a los empleados un mensaje claro de intolerancia ante conductas no éticas. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mantenimiento en el cargo de un administrador o directivo que ha sido sometido a un procedimiento penal en el que la comisión del delito ha quedado acreditada, desdibuja un pretendido compromiso ético.

Deberá ser igualmente objeto de valoración por los Sres. Fiscales la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes a la investigada. También habrá de tenerse en cuenta si la corporación ha sido sancionada en vía administrativa (infracciones medioambientales, contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, en materia de prevención del blanqueo, de ordenación y disciplina del mercado de valores...).

Novena. Las actuaciones llevadas a cabo por la persona jurídica tras la comisión del delito han de ser igualmente evaluadas. La adopción de medidas disciplinarias contra los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, introduciendo en su caso las necesarias modificaciones, son muestra del compromiso de los dirigentes de la corporación con el programa de cumplimiento.

Del mismo modo, la restitución, la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio de su consideración como atenuantes, revelan indiciariamente el nivel de compromiso ético de la sociedad y pueden permitir llegar a la exención de la pena. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

5.7 Naturaleza de la exención y carga de la prueba

A modo de elemento criminal adicional, el apartado 2 del art. 31 bis introduce una cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica cuya naturaleza es muy discutida doctrinalmente pero que, en definitiva, depende de la solución que se adopte ante la no menos controvertida cuestión de la naturaleza del modelo de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica.

No resulta sencillo conceptualizar adecuadamente la naturaleza jurídica de la exclusión de responsabilidad penal de la persona jurídica pues, en los últimos dos siglos, el Derecho Penal ha venido construyendo las referencias dogmáticas a la antijuridicidad, la culpabilidad o la punibilidad sobre la base de comportamientos individuales, no colectivos. No obstante, cabe señalar que, si se considera que el fundamento de la imputación de la persona jurídica reside en su defectuosa organización, la presencia de un plan de cumplimiento normativo diligentemente implementado acreditaría una correcta organización, con lo cual desaparecería un elemento del tipo, bien la parte subjetiva bien la parte objetiva. No se trataría en puridad de una circunstancia eximente, que remitiría a una conducta antijurídica o que no le fuera personalmente imputable, sino de que, adoptadas con anterioridad a la comisión del delito las oportunas medidas de prevención, no concurriría un elemento básico del hecho típico (tipo objetivo) o, en todo caso, faltaría un elemento del tipo subjetivo, el dolo o la culpa, es decir, la tipicidad subjetiva.

Ahora bien, partiendo de que el art. 31 bis establece un sistema de responsabilidad indirecta o vicarial conforme al cual el fundamento de la responsabilidad penal de

la persona jurídica descansa en un hecho ajeno, y no en un hecho propio, la comisión del delito por las correspondientes personas físicas en las condiciones que exige el precepto determinará la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica. Ello comporta que con el delito de la persona física nace también el delito de la persona jurídica la cual, no obstante, quedará exenta de pena si resulta acreditado que posea un adecuado modelo de organización y gestión.

La construcción remite inequívocamente a la punibilidad y a sus causas de exclusión. Concurrentes en el momento en el que la persona física comete el delito y transfiere la responsabilidad a la persona jurídica, los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos postdelictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quater.

De este modo, atañe a la persona jurídica acreditar que los modelos de organización y gestión cumplen las condiciones y requisitos legales y corresponderá a la acusación probar que se ha cometido el delito en las circunstancias que establece el art. 31 bis 1.º Claro está que los programas serán además, como se ha dicho, una referencia valiosa para medir las obligaciones de las personas físicas referidas en el apartado 1 a) en relación con los delitos cometidos por los subordinados gravemente descontrolados.

Puede argumentarse que la atribución a la persona jurídica de la carga de la prueba deriva también del hecho de que la propia comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del modelo y que, sobre esta base, cabría exigir a la persona jurídica una explicación exculpatoria que eliminara el efecto incriminatorio del indicio, a semejanza de la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria, conforme a la cual no supone inversión de la carga de la prueba ni daña la presunción de inocencia exigir al acusado que facilite para lograr su exculpación aquellos datos que está en condiciones de proporcionar de manera única e insustituible (SSTEDH de 8 de febrero de 1996, Murray contra Reino Unido; de 1 de marzo de 2007, Geerings contra Holanda; de 23 de septiembre de 2008, Grayson y Barnahm contra Reino Unido; SSTC n.º 137/98 de 7 de julio y 202/2000 de 24 de julio; y SSTS n.º 1504/2003, de 25 de febrero, 578/2012, de 26 de junio y 487/2014, de 9 de junio).

Esta construcción no resulta automáticamente aplicable pues, ya se ha indicado, la comisión de un delito queda como un riesgo residual de cualquier programa de prevención, por eficaz que este sea. Ahora bien, como también se ha expuesto, si un delito puntualmente cometido por un empleado no tiene gran carga indiciaria para desmontar la idoneidad del modelo, no sucede lo mismo con otras conductas criminales autorizadas o toleradas por el órgano de administración, que se han extendido en la empresa o han tenido larga duración.

En todo caso, no ofrece duda que es la propia empresa quien tiene los recursos y la posibilidad de acreditar que, pese a la comisión del delito, su programa era eficaz y cumplía los estándares exigidos legalmente, al encontrarse en las mejores condiciones de proporcionar de manera única e insustituible los datos que atañen a su organización, especialmente los relacionados con algunos requisitos de muy difícil apreciación para el Fiscal o el Juez como la disposición de los protocolos o procedimientos de formación de la voluntad o de adopción y ejecución de decisiones de la persona jurídica (segundo requisito del apartado 4) o de los «modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos» (tercer requisito).

6. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de la Circular 1/2011, que será de aplicación en todo aquello que no ha sido modificado por la LO 1/2015.

7. CONCLUSIONES

1.^a La LO 1/2015 mantiene el fundamento esencial de atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica de tipo vicarial o por representación en las letras a) y b) del art. 31 bis 1.º Ambos títulos de imputación exigen, como antes de la reforma, la previa comisión de un delito por una persona física en las concretas circunstancias que se establecen. El primer hecho de conexión lo generan las personas con mayores responsabilidades en la entidad y el segundo las personas indebidamente controladas por aquellas.

No obstante, la reforma avanza en el reconocimiento de la responsabilidad autónoma de la persona jurídica por medio de la regulación de los programas de organización y gestión, a los que atribuye valor eximente bajo determinadas condiciones.

2.^a La nueva definición de las personas físicas del apartado 1 a) amplía notablemente el círculo de sujetos de este criterio de imputación, que permite incluir a quienes, sin ser propiamente administradores o representantes legales de la sociedad, forman parte de órganos sociales con capacidad para tomar decisiones, así como a los mandos intermedios, apoderados singulares y a otras personas en quienes se hayan delegado determinadas funciones, incluidas las de control de riesgos que ostenta el oficial de cumplimiento.

3.^a La sustitución de la expresión «en su provecho» por la de «en su beneficio directo o indirecto», conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Además, permite extender la responsabilidad de la persona jurídica a aquellas entidades cuyo objeto social no persigue intereses estrictamente económicos, así como incluir, ya claramente, los beneficios obtenidos a través de un tercero interpuesto, los consistentes en un ahorro de costes y, en general, todo tipo de beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Solo quedarán excluidas aquellas conductas que, realizadas por la persona física en su exclusivo y propio beneficio o en el de terceros, resulten inidóneas para reportar a la entidad beneficios.

4.^a Las únicas cuatro conductas imprudentes cometidas por personas físicas en las circunstancias del art. 31 bis susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica son las relacionadas con las insolvencias punibles (art. 259.3), los recursos naturales y el medio ambiente (art. 331), el blanqueo de capitales (art. 302.2) y la financiación del terrorismo (art. 576.5).

5.^a La LO 1/2015 sustituye la condición del apartado 1 b) de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él «el debido control» por el menos exigente requisito de «haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control». Esta clara disminución de la intervención punitiva permite dejar fuera del ámbito penal aquellos incumplimientos de escasa entidad (no graves) frente a los que solo caben las sanciones administrativas o mercantiles que disciplinan algunas de las materias relacionadas con las infracciones para las que el Código Penal contempla la responsabilidad de la persona jurídica.

6.^a Para que la persona jurídica sea responsable en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, es preciso un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de carácter grave por parte de alguno de los sujetos comprendidos en la letra a).

7.^a La exigencia de que el incumplimiento del deber de control haya sido grave puede determinar, además de la transferencia de responsabilidad a la persona jurídica por el delito cometido por el subordinado descontrolado, que el propio sujeto omitente del control responda también por un delito, bien doloso, en comisión por omisión, bien gravemente imprudente, lo que abre la vía del criterio de atribución de responsabilidad de la letra a) del apartado 1, debiendo los Sres. Fiscales mantener, en tales casos, ambos títulos de imputación.

8.^a Los sujetos a que se refiere el apartado 1 b) deben operar en el ámbito de dirección, supervisión, vigilancia o control de las personas físicas mencionadas en la letra a) del mismo apartado, no siendo necesario que se establezca una vinculación directa con la empresa, quedando incluidos autónomos, trabajadores subcontratados y empleados de empresas filiales, siempre que se hallen integrados en el perímetro de su dominio social.

9.^a El incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control ha de valorarse, «atendidas las concretas circunstancias del caso» expresión que, ya antes de la reforma y con toda claridad tras ella, remite a los programas de organización y gestión, que serán objeto de una inicial valoración en relación con este criterio de imputación para evaluar el alcance y el contenido real del mandato del que son titulares las personas que incumplieron gravemente tales deberes.

10.^a Aunque la infracción del deber de supervisión, vigilancia y control no se haya producido o haya sido leve o la persona jurídica no haya obtenido beneficio alguno, es posible en sede penal la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria, de conformidad con el art. 120. 4.º CP.

11.^a La imputabilidad de la persona jurídica exige que esta tenga un sustrato material suficiente, lo que permite distinguir tres categorías:

11.^a1. Aquellas corporaciones que operan con normalidad en el mercado y a las que exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

11.^a2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, a las que se refiere la regla 2.^a del art. 66 bis como las utilizadas «instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales» y que son también imputables.

11.^a3. Son inimputables aquellas sociedades cuya actividad ilegal supere ampliamente a la legal, siendo esta meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos.

12.^a La responsabilidad penal de los partidos políticos y de los sindicatos, introducida en la LO 7/2012, presenta las siguientes peculiaridades:

12.^a1. Su responsabilidad se extenderá a las fundaciones y entidades con personalidad jurídica a ellos vinculados.

12.^a2. A diferencia de otras personas jurídicas, en principio no obligadas a establecer programas de prevención, el art. 9 bis de la LO 8/2007, introducido por la LO 3/2015, expresamente lo impone a los partidos políticos. 12.^a3. En relación con las penas de disolución y suspensión judicial ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley Orgánica 6/2002, (modificado por LO 3/2015).

13.^a Aunque no son expresamente mencionadas en el art. 31 quinquies 1, deben considerarse exentas de responsabilidad penal las fundaciones públicas, integradas en el llamado sector público fundacional y sometidas al Derecho administrativo.

14.^a El ejercicio de «potestades públicas de soberanía o administrativas» se aplica solo a las administraciones públicas y no a los entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales o las Cámaras de comercio, que tendrán la consideración de personas jurídicas penalmente responsables.

15.^a Tras la reforma de la LO 1/2015 el «debido control» (ahora «deberes de supervisión, vigilancia y control») sigue atribuido a las personas físicas de la letra a) del art. 31 bis 1 y no a la propia persona jurídica, con lo que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación. Puesto que estos modelos eximen de responsabilidad a la empresa bajo determinadas condiciones, el objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación.

16.^a Existe un doble régimen de exención de responsabilidad de la persona jurídica, uno para los delitos cometidos por los administradores o dirigentes y otro para los cometidos por sus subordinados, ambos sustancialmente idénticos pues, de las cuatro condiciones que el apartado 2 del art. 31 bis exige en relación con las conductas de los sujetos incluidos en el apartado 1 a), solo la 3.^a, referida a la elusión fraudulenta de los modelos de organización, resulta inaplicable a los autores del delito del apartado 1 b).

17.^a Los modelos de organización y gestión deberán observar las condiciones y requisitos que establecen los apartados 2 y 5 del art. 31 bis, cuyo contenido será interpretado por los Sres. Fiscales siguiendo las pautas que se indican en los apartados 5.3. y 5.4 de esta Circular, atendiendo, con las necesarias adaptaciones a la naturaleza y tamaño de la correspondiente persona jurídica, a la normativa sectorial aplicable a las entidades a las que se impone específicamente un determinado modelo de organización y gestión.

18.^a Las personas jurídicas de pequeñas dimensiones (art. 31 bis, 3) podrán demostrar su compromiso ético mediante una razonable adaptación a su propia dimensión de los requisitos formales del apartado 5, en coherencia con las menores exigencias que estas sociedades tienen también desde el punto de vista contable, mercantil y fiscal. Los Sres. Fiscales, atendiendo a las especiales características de estas sociedades, extremarán la prudencia en su imputación, en evitación de una inconstitucional situación de *bis in idem*.

19.^a Sin perjuicio de tener en cuenta las muy diversas circunstancias concurrentes en cada caso concreto, los Sres. Fiscales observarán las siguientes pautas de carácter general para valorar la eficacia de los modelos de organización y gestión:

19.^a1. La regulación de los modelos de organización y gestión debe interpretarse de manera que el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica no quede vacío de contenido y sea de imposible apreciación en la práctica.

19.^a2. El objeto de los modelos de organización y gestión no es solo evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética corporativa, de tal modo que su verdadera eficacia reside en la importancia que tales modelos tienen en la toma de decisiones de los dirigentes y empleados y en qué medida constituyen una verdadera expresión de su cultura de cumplimiento. Los Sres. Fiscales analizarán si los programas de prevención establecidos expresan un compromiso corporativo que realmente disuada de conductas criminales.

19.^a3. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos

legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de la adecuación del modelo pero en modo alguno acreditan su eficacia, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

19.^a4. Cualquier programa eficaz depende del inequívoco compromiso y apoyo de la alta dirección para trasladar una cultura de cumplimiento al resto de la compañía. Si son los principales responsables de la entidad quienes incumplen el modelo de organización y de prevención o recompensan o incentivan, directa o indirectamente a los empleados que lo incumplen, difícilmente puede admitirse que exista un programa eficaz, que refleje una verdadera cultura de respeto a la ley en la empresa, de tal modo que, en estos, casos, los Sres. Fiscales presumirán que el programa no es eficaz.

19.^a5. La responsabilidad corporativa debe ser más exigente en los supuestos en los que la conducta criminal redundando principalmente en beneficio de la sociedad que en aquellos otros en que dicho beneficio resulta secundario o meramente tangencial al directa y personalmente perseguido por el delincuente. En estos casos, cabe exigir a la persona jurídica que la contratación o promoción del individuo que delinquirá se adecue a unos protocolos y procedimientos que garanticen altos estándares éticos en la contratación y promoción de directivos y empleados.

19.^a6. Los Sres. Fiscales concederán especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia corporación de tal manera que, detectada la conducta delictiva por la persona jurídica y puesta en conocimiento de la autoridad, deberán solicitar la exención de pena de la persona jurídica, al evidenciarse no solo la validez del modelo sino su consonancia con una cultura de cumplimiento corporativo.

19.^a7. Si bien la comisión de un delito no invalida automáticamente el modelo de prevención, este puede quedar seriamente en entredicho a tenor de la gravedad de la conducta delictiva y su extensión en la corporación, el alto número de empleados implicados, la baja intensidad del fraude empleado para eludir el modelo o la frecuencia y duración de la actividad criminal.

19.^a8. Los Sres. Fiscales atenderán al comportamiento de la corporación en el pasado. Se valorará positivamente la firmeza de la respuesta en situaciones precedentes y negativamente la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite, aunque se refieran a conductas delictivas diferentes de la investigada, o previas sanciones en vía administrativa.

19.^a9. Las medidas adoptadas por la persona jurídica tras la comisión del delito pueden acreditar el compromiso de sus dirigentes con el programa de cumplimiento. Así, la imposición de medidas disciplinarias a los autores o la inmediata revisión del programa para detectar sus posibles debilidades, la restitución y la reparación inmediata del daño, la colaboración activa con la investigación o la aportación al procedimiento de una investigación interna, sin perjuicio del valor atenuante que pueda tener alguna de estas actuaciones. Operarán en sentido contrario el retraso en la denuncia de la conducta delictiva o su ocultación y la actitud obstructiva o no colaboradora con la justicia.

20.^a La cláusula de exención de la responsabilidad de la persona jurídica que incorpora el apartado 2 del art. 31 bis constituye una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absoluta, cuya carga probatoria incumbe a la persona jurídica, que deberá acreditar que los modelos de organización y gestión cumplieran las condiciones y requisitos legales.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la responsabilidad de la persona jurídica, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2016, SOBRE EL INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Fundamento de la privación de libertad.–3. El supuesto de hecho. 3.1 Perfil del menor. 3.1.1 Interpretación de la palabra «diagnóstico». 3.1.2 Criterios de medición de la magnitud del problema de conducta: el riesgo propio o de terceros. 3.1.3 La necesidad de protección. 3.1.4 El principio de subsidiariedad. 3.1.4.1 Especialización. 3.1.4.2 Contención. 3.1.4.3 Delimitación del «riesgo para terceros». 3.1.5. La franja de edad. 3.2 El centro específico. 3.2.1 Caracteres generales. 3.2.2 La cuestión de los centros privados.–4. El nuevo procedimiento contradictorio. 4.1 Legitimación. 4.2 Competencia. 4.3 Capacidad procesal, representación y defensa. 4.4 Información de derechos. 4.5 Tramitación.–5. El cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes. 5.1 Límite máximo e improrrogable. 5.2 El procedimiento de habeas corpus.–6. Régimen de recursos.–7. Intervención judicial durante el período de internamiento: revisiones, incidencias y traslados.–8. Cese de la medida.–9. Facultades del Ministerio Fiscal.–10. Derecho transitorio.–11. Inspección de centros.–12. Vigencia de circulares, instrucciones y consultas precedentes.–13. Estadística.–14. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en adelante LO 8/2015), ha introducido un capítulo (el IV, arts. 25 a 35) en el Título II de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LOPJM) bajo la rúbrica «centros de protección específicos de menores con problemas de conducta».

Igualmente introduce en la LEC un nuevo artículo 778 bis. El Preámbulo (apartado III) expresa que «incorpora un procedimiento ágil, sencillo y detallado para la obtención de la autorización judicial del ingreso de un menor en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta, a fin de legitimar las restricciones a su libertad y derechos fundamentales que la medida pueda comportar».

Los interrogantes que generaron estos centros fueron objeto de estudio del Defensor del Pueblo en el informe titulado «centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social» (2009) y dieron lugar también a unas pautas de consenso en la Comisión interautonómica de Directores y Directoras Generales de Infancia («Protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta» de 20 de mayo de 2010).

La Fiscalía General del Estado, pionera en la exigencia de garantías en esta delicada esta materia, estableció, desde bien temprano, directrices para su adecuado abordaje. Así, puede citarse la atención que le dedica el Protocolo de la Unidad de Menores de la FGE de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009 (apartado 21) y la Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores (apartados IX y XV.8), exigiendo autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 271.1 CC y manteniendo una supervisión constante tanto de las condiciones de los centros y procedimientos aplicados como de la situación de cada uno de los menores residentes.

Teniendo en cuenta que existía un déficit normativo en relación con este tipo de centros, que están en juego los derechos fundamentales de los menores ingresados, que deben establecerse garantías para los mismos y que es necesario clarificar los límites de la intervención, se hacía preciso un desarrollo mediante Ley Orgánica, que, reclamado desde la Fiscalía General del Estado, se materializa en la nueva normativa. En su Preámbulo, claramente inspirado por el Informe del Consejo Fiscal de 11 de julio de 2014, se declara: «Estos centros nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, teniendo en cuenta, además, que la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos. Estos centros deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socioeducativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general».

2. FUNDAMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

El artículo 10.2 CE establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». El artículo 39.4 CE expresa que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos». Dentro de este conjunto normativo, destaca el artículo 5.1.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) por su inmediata conexión con el objeto de análisis: el derecho a la libertad del artículo 17 CE. Es necesario recordar que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de razones admisibles que legitiman la privación de libertad. Si el fundamento no está comprendido en este conjunto, la detención nunca podrá considerarse legal (por todas, STEDH de 14 de abril de 2011, caso Jendrowiak contra Alemania).

El citado art. 5.1 CEDH dispone: «Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha expresado que el primer inciso de dicho artículo «prevé la privación de libertad en interés del menor indepen-

dientemente de la cuestión de saber si el menor es sospechoso de haber cometido una infracción penal o es simplemente un menor en situación de riesgo» (STEDH de 29 de noviembre de 2011, caso A y otros contra Bulgaria). Lo relevante es que la privación de libertad sea regular (*détention régulière d'un mineur*, en la versión francesa del CEDH), es decir, conforme a la legalidad, y haya sido decidida con el propósito de «vigilar su educación».

En lo que concierne a centros de protección específicos, el TEDH tuvo ocasión de examinar su naturaleza y su compatibilidad con el CEDH en la Decisión de 12 de octubre de 2000 sobre la admisibilidad de la demanda n.º 33670/96, caso Koniarska contra el Reino Unido. La demandante, ciudadana británica, fue ingresada en un centro de protección específico (*secure accomodation*) por decisión del tribunal de familia a solicitud de la autoridad local bajo cuya tutela se encontraba la menor. Las indicaciones de ingreso se configuran en el art. 25.1 de la Children Act de 1989 que especifica los dos casos en que puede utilizarse este recurso que suceden cuando el menor: a) tiene un historial de fugas y es probable que se escape de cualquier otro tipo de alojamiento y, si lo hace, es probable que sufra daños de consideración; b) si es guardado/a en otro tipo de alojamiento, es probable que se dañe a sí mismo o a terceras personas. Los magistrados de instancia consideraron que concurría el segundo supuesto.

El TEDH consideró que se trataba de una privación de libertad prevista en el art. 5.1 CEDH y desestimó las peticiones de infracción del art. 3 (referente a la tortura y trato degradante) y del artículo 8 (intromisión en la vida privada y familiar). Las palabras «vigilar su educación» del art. 5.1.d) no deben ser rígidamente equiparadas a la enseñanza obligatoria, período en el que la demandante ya no estaba incluida al haber cumplido 17 años. Como señala la resolución, «en el presente contexto de una joven bajo el cuidado de una entidad pública puede abarcar muchos aspectos del ejercicio de los deberes propios de la responsabilidad parental para el beneficio y protección de la persona afectada».

El CEDH reenvía, en lo esencial, a la legislación del correspondiente Estado y consagra la obligación de respetar las normas de fondo y de procedimiento, pero exige además la conformidad de toda privación de libertad con el fin del artículo 5 CEDH: «proteger al individuo contra la arbitrariedad». El TEDH ha expresado que la ley nacional debe ser «suficientemente comprensible y precisa a fin de evitar todo peligro de arbitrariedad» (SSTEDH de 12 de octubre de 2006, caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica y el ya citado caso A y otros contra Bulgaria). Como la totalidad de supuestos contemplados en el número 1 del art. 5, se beneficia de las garantías previstas en los restantes párrafos del precepto, lo que permite aplicar, *mutatis mutandis*, los distintos pronunciamientos del TEDH en materia de privaciones de libertad, particularmente de las que no tienen naturaleza penal. Es necesario aclarar, sin embargo, que el art. 5 CEDH, en ocasiones, no distingue con claridad los supuestos de privación de libertad de carácter penal de los extrapenales, dando lugar a cuestiones de interpretación, situación que también comparte el art. 17 CE.

Por último, «debe existir un enlace entre, de una parte, el motivo invocado para la privación de libertad autorizada y, de otro, el lugar y el régimen de la detención».

El TEDH ha expresado, en distintos pronunciamientos, que el art. 5.1.d) exige que el Estado «se dote de una infraestructura apropiada, adaptada a los imperativos de seguridad y también a los objetivos pedagógicos» con los recursos suficientes que requiere el propósito de supervisar la educación del menor (SSTEDH de 29 de febrero de 1988, caso Bouamar contra Bélgica; de 16 de mayo de 2002, caso D. G. contra Irlanda).

El TEDH ha afirmado que el art. 5.1 CEDH contiene una lista exhaustiva de motivos de privación de libertad admisibles, pero que «la aplicabilidad de un fundamento no necesariamente impide la de otro; una privación de libertad puede, dependiendo de las circunstancias, estar justificada en uno o más de los apartados» del precepto (SSTEDH de 4 de abril de 2000, caso Witold Litwa contra Polonia; de 13 de enero de 2011, caso Haidn contra Alemania).

3. EL SUPUESTO DE HECHO

Deben distinguirse los requerimientos relativos al perfil del menor de los concernientes a las características de los centros de internamiento.

3.1 Perfil del menor

Se define por cuatro elementos:

a) Debe tratarse de menores que se encuentren en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM). Por lo tanto, es precisa la constancia de la resolución administrativa que así lo acuerde.

b) Los menores han de estar «diagnosticados con problemas de conducta» (art. 25.1, párrafo segundo LOPJM).

c) Los menores, además del diagnóstico, deben presentar «conductas disruptivas o di-sociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros». Dichas manifestaciones deben ser, pues, actuales. Es importante precisar que «no podrán ser ingresados (...) los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad» (art. 26.2 LOPJM).

d) Finalmente, es a la hora de analizar los requisitos de la decisión de ingreso donde se detallan, con mayor precisión, las exigencias subjetivas a cumplir.

Estos son la motivación («justificado por sus necesidades de protección y determinado por una valoración psicosocial especializada», art. 25.1 LOPJM), necesidad («exclusivamente cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección» –art. 25.2 LOPJM–, es decir, «cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor en unas condiciones menos restrictivas», art. 778 bis, apartado 4 LEC) y proporcionalidad (por el tiempo «estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas», arts. 26.5 LOPJM y 778 bis, apartado 7 LEC).

3.1.1 INTERPRETACIÓN DE LA PALABRA «DIAGNÓSTICO»

La interpretación de la voz «diagnóstico» ofrece dificultades. Aunque incluye acepciones estrictamente sanitarias («determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas» o «calificación que da el médico a la enfermedad según los signos que advierte»), también el acto de «diagnosticar» admite otros significados más genéricos como el de «recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza».

En el terreno de la salud mental, el uso correcto de este vocablo ha originado debates jurídicos, científicos y profesionales (en este sentido, SSTS, Sala 3.ª, de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 48/1999; de 7 de octubre de 2002, n.º de recurso 43/1999; de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 49/1999 y de 10 de octubre de 2002, n.º de recurso 154/1999). Como se verá, el significado que atribuye el art. 778 bis LEC no se ciñe al propiamente médico ni al estrictamente vinculado a las Ciencias de la Salud. Es mucho más extenso, comprendiendo tanto los anteriores como otros actos de análisis y evaluación vinculados al propósito educativo que guía el ingreso.

Desde un punto de vista general, la expresión «diagnosticados con problemas de conducta» presenta la confusión entre la presunta patología y el síntoma lo que hace que las fronteras entre los elementos «b» y «c» queden parcialmente desdibujadas. La frase es genérica y no se ciñe a ninguna clasificación nosológica. En cualquier caso, la cuestión radica en que el enfoque de lo que puede definirse como «problemas de conducta» no debe realizarse exclusivamente desde una perspectiva de «enfermedad».

Tanto el Informe del Defensor del Pueblo ya citado, como el Dictamen 4/2014, de 28 de mayo, del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de LO complementaria de la Ley de Protección a la infancia, consideran que la noción de «trastornos de conducta» queda todavía lejos de estar consensuada en la comunidad científica.

Centrado el problema en qué conductas entran dentro de la definición, ha de señalarse que la descripción que realiza el apartado «c» se acomoda al precedente «protocolo básico de actuación en centros y/o residencias con menores diagnosticados de trastornos de conducta» (2010) que expresa ajustarse a los principios básicos estipulados en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM) y en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud.

El protocolo también orienta sobre el significado de la palabra «diagnóstico» del apartado «b». En su apartado 5 (titulado «diagnóstico sobre el menor») diferencia dos momentos. El primero es el concerniente a valorar qué intervención (sanitaria, área de discapacidad o sistema de protección a la infancia o adolescencia) es la adecuada en atención a la información disponible. El segundo es el de adopción de la decisión de ingreso en los centros a los que se refiere la presente Circular que «deberá fundamentarse en un diagnóstico psicológico y social que lo justifique».

Puede verse, pues, que el término se está utilizando en un sentido más amplio que el estrictamente sanitario. Debe destacarse, además, que la norma también ha optado por la expresión «problemas de conducta», evidentemente más difusa que la de «trastornos» que utilizan el protocolo de 2010 precitado, el art. 763 LEC («trastorno psíquico») y el art. 26.2 LOPJM («trastornos mentales»). La normativa vigente (art. 26.1 LOPJM, in fine) confirma esta conclusión al señalar que «la solicitud de ingreso estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores» y también al expresar que la propuesta de cese «estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo» (art. 778 bis, apartado 7 LEC). Se trata de un contexto en el que los aspectos de protección y educativos son, pues, los determinantes.

Como ya se ha expresado en epígrafes anteriores, las diferencias respecto al art. 763 LEC, con el que el 778 bis guarda evidentes analogías, radican fundamentalmente en el tipo de centro (específico para menores con problemas de conducta) y en su propia finalidad educativa (en el marco de la protección de menores). En primer lugar, es necesario descartar que proceda un ingreso en un centro de internamiento en

salud mental adecuado a la edad (art. 763.2 LEC). Sin embargo, como se ha visto al examinar la doctrina del TEDH, pueden concurrir razones sanitarias y sociales en el ingreso. Si ello se produce, deben tener carácter meramente accesorio puesto que si la situación exige el internamiento en centro de salud mental o de personas con discapacidad no procedería el ingreso en el centro específico para trastornos de conducta. La regulación, de hecho, recoge preceptos que hacen referencia a contingencias sanitarias (art. 33 LOPJM, respeto de las disposiciones sobre consentimiento informado e intervención de médico autorizado en la administración de medicamentos y seguimiento de tratamientos) o derivadas de discapacidad (art. 25.5 LOPJM, mantenimiento o adopción de apoyos especializados e incorporación, en su caso, de medidas de accesibilidad).

En definitiva, a la hora de definir el concreto significado de la palabra diagnóstico empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

3.1.2 CRITERIOS DE MEDICIÓN DE LA MAGNITUD DEL PROBLEMA DE CONDUCTA: EL RIESGO PROPIO O DE TERCEROS

El protocolo citado permite apreciar otra característica: la magnitud o dimensión. No basta con la presencia de desajustes conductuales, es preciso que se manifiesten «en un grado que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves, tanto a sí mismos, como a terceros». El protocolo también hace referencia al límite que refiere el art. 26.2 LOPJM (excluye «las patologías psíquicas más graves que requieren un abordaje específico»). Lo anterior no significa que los menores no puedan presentar trastornos mentales asociados o dependencia al alcohol o a otras sustancias tóxicas siempre y cuando estas no exijan la atención en centros propiamente sanitarios o sociosanitarios.

Esta idea de «causar perjuicios a sí mismos o a otros» se contempla también en la definición de menores «en conflicto social» que recoge la legislación de protección de menores de algunas Comunidades Autónomas (así, por ejemplo, el art. 40 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la CCAA de Andalucía; art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón o art. 83 de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia en Navarra).

Con mayor amplitud, otras Comunidades Autónomas hacen referencia a los menores con «conducta inadaptada». Así, por ejemplo, el art. 46 de la Ley 5/2014, de 9 de octubre, de Protección Social y Jurídica de la Infancia y la Adolescencia de Castilla-La Mancha, entiende por tal: «Aquel que, por la insuficiencia de sus aptitudes o por los desajustes de su comportamiento y sin prevalecer una enfermedad mental o una discapacidad psíquica, se encuentra en dificultad o en prolongado conflicto con las circunstancias propias de su edad o de su ambiente familiar o social. La conducta inadaptada está integrada por acciones que infrinjan las normas de convivencia y comportamiento generalmente aceptadas y que perturben gravemente la convivencia en su entorno familiar y social, o que entrañan un grave riesgo para sí mismo o para terceros». El art. 57 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana incorpora una definición parecida.

El Preámbulo de la LO 8/2015, en este sentido, recoge esta pluralidad al referirse a «la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los

servicios de protección a la infancia y a las familias». En concreto se refiere a «menores que ingresan en los centros de protección, en un número cada vez más elevado, a petición de sus propias familias, ante situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filioparental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental».

3.1.3 LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN

A pesar de los parámetros mencionados con anterioridad, la definición del tipo de conductas que, de hecho, pueden integrar la situación que contempla la norma sigue siendo extraordinariamente amplia. Es propiamente el elemento «d» el que permite una mayor concreción. Dos son los nuevos parámetros añadidos que deben presentarse conjuntamente: las necesidades de protección y el criterio de subsidiariedad («como último recurso»).

Las necesidades de protección guardan relación íntima con la finalidad del ingreso: «Proporcionar al menor un marco adecuado para su educación, la normalización de su conducta, su reintegración familiar cuando sea posible, y el libre y armónico desarrollo de su personalidad, en un contexto estructurado y con programas específicos en el marco de un proyecto educativo» (art. 25.2 LOPJM). «El carácter educativo de todas las medidas que se adopten» (art. 11.2 LOPJM) constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Sin finalidad educativa («tendrán siempre», señala el art. 25.2 LOPJM in fine), si el menor no precisa estas medidas o si estas ya no son necesarias, el internamiento no estaría justificado.

3.1.4 EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

La idea de subsidiariedad («como último recurso») implica que no existen medidas o condiciones menos restrictivas que puedan surtir el mismo efecto. Hay que partir siempre del hecho de que la privación de libertad «es una medida tan grave que sólo está justificada cuando otras, menos severas, hayan sido consideradas y se estimen insuficientes (...) teniendo que demostrarse haber sido necesaria en atención a las circunstancias» (SSTEDH Witold Litwa contra Polonia, ya citada, y de 5 de octubre de 2000, caso Varbanov contra Bulgaria).

Determinar las características de los menores susceptibles de ingreso es cuestión de hecho difícil de concretar en una clasificación exhaustiva. La práctica demuestra el carácter proteico de las situaciones que pueden presentarse. No obstante, sí que es posible fijar unos criterios que, concurriendo de forma singular o conjunta, permiten una inicial delimitación y que mezclan las carencias de los centros de acogida ordinaria para la atención de estos perfiles con la intensidad de los factores de riesgo.

3.1.4.1 *Especialización*

El primer criterio resulta, pura y simplemente, de la especialización del recurso en este tipo de conductas, del contexto estructurado que permite y de los programas específicos que contempla. Siempre recordando que la valoración del caso concreto depende de los factores de riesgo y la magnitud del trastorno, hay ejemplos que revisiten cierta frecuencia como, por ejemplo, los de menores que presentan episodios autolesivos recurrentes.

3.1.4.2 Contención

Un segundo criterio deriva de las necesidades concretas de contención que puede presentar el menor. Los centros de protección, en el marco europeo, se inspiran en la noción de servicio público caracterizado por dos notas esenciales: el carácter abierto (voluntario) y flexible (adaptado a las características del menor y fundado en el principio de protección de su interés). El carácter abierto se funda en la idea de que la actuación de los servicios de ayuda social es preventiva y voluntaria, no debe ser impuesta y, en el caso de ser necesaria la aplicación de medidas coercitivas, debe transmitirse el expediente inicialmente a los servicios judiciales. Es necesario matizar que el cuidado y educación de un menor implica, normal y necesariamente, decisiones en materia de residencia y la imposición –o autorización a terceros para imponer– de diferentes restricciones sobre su libertad, situaciones que, ordinariamente, no están comprendidas en el art. 5 CEDH (STEDH de 28 de noviembre de 1998, caso Nielsen contra Dinamarca), es decir, el *status libertatis* se encuentra contextualizado, en virtud de la minoría de edad «por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad» (STC n.º 94/2003, de 19 de mayo).

El perfil del adolescente «fugitivo» es muy variopinto, al igual que los motivos de la fuga. En lo que ahora importa, el sistema de atención consiste, por un lado, en un modelo policial de búsqueda (con mayor o menor intensidad en atención a las circunstancias del caso; véanse, en este sentido, las Instrucciones 1/2009 y 14/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad) y con un sistema de atención de asesoramiento y apoyo a las familias afectadas (servicio de línea directa para casos de niños desaparecidos del número 116000). Desde la perspectiva del sistema de protección no conviene minusvalorar la fuga como factor de riesgo en cuanto que supone una ruptura del adolescente con su medio familiar o institucional. Como trastorno de conducta, puede tener relevancia en cuanto síntoma de un problema más profundo. Hay circunstancias que es preciso comprobar, por ejemplo, la reiteración, la duración (la experiencia de sobrevivir en la calle es siempre traumática y puede comprender determinados riesgos para la integridad del menor como la propiamente física, la contingencia de posibles abusos sexuales, el seguimiento inadecuado de enfermedades crónicas...), la existencia de dinámicas familiares conflictivas (maltratos, disciplinas muy rígidas, etc), de psicopatologías no detectadas, de fugas inducidas por terceros que comprenden actos de abuso, etc.

El retorno del menor fugitivo debe conllevar la adopción de diferentes medidas protectoras que, en ningún caso, contemplan la de ingreso en centro específico como única o principal. Hay que estar a las circunstancias del caso concreto, conforme a los parámetros generales de necesidad y proporcionalidad, pero es obvio que la contención puede ser precisa para evitar graves riesgos a los menores en algunos casos.

3.1.4.3 Delimitación del «riesgo para terceros»

Hasta el momento, se han analizado circunstancias que suponen riesgos concretos para el menor. Sin embargo, también el supuesto de hecho contempla el riesgo para terceros. Aquí se corre el peligro de incurrir en «fraudes de etiquetas» con el sistema de responsabilidad penal de los menores y dar entrada a los «instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos» a los que se refiere (y proscribire) el Preámbulo de la LO 8/2015. La contingencia de participar en infracciones penales puede ser un factor de riesgo añadido en una situación general de conducta problemática, pero nunca puede, por sí sola, justificar el ingreso en el centro específico.

Destacan dos casos. El primero es el de las conductas contrarias a la convivencia cuando impiden el funcionamiento de los centros ordinarios. Hay que partir nuevamente de la idea de dimensiones que se centra en el grado de alteración de la convivencia o el perjuicio de los derechos de otros usuarios y la imposibilidad de alternativas (medidas educativas, traslado de centro, etc.). Es indiscutible el deber de la Entidad Pública de garantizar el derecho de los restantes usuarios a verse libres de toda forma de abuso durante su estancia en un centro de acogida (arts. 19 de la Convención de Derechos del Niño y CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, sobre los derechos de los menores que viven en instituciones residenciales). El art. 21.6 LOPJM, en este sentido, establece: «La administración pública competente podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en cuenta las circunstancias personales de éstos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.»

El apartado 7 del citado art. 21 expresa que «de aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal». A la hora de valorar la necesidad de la medida excepcional de acogimiento en centro específico, los Sres. Fiscales atenderán a los criterios mencionados en el último inciso del art. 21.6 y al historial de medidas obrante en el expediente de protección, en el que se dejará constancia de las comunicaciones remitidas por la Entidad Pública.

El segundo es el derivado de los menores que se encuentran por debajo de la franja de edad prevista en la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM). El art. 3 de la norma precitada expresa que «cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes». La Exposición de Motivos dispone que este límite mínimo se funda «en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada a los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado».

Añade el segundo inciso del precitado art. 3 LORPM que «el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél (...)». Esta remisión de testimonio no constituye un trámite inexcusable. Debe obviarse cuando por la escasa entidad de los hechos, por la suficiencia de la corrección en el ámbito familiar o educativo y por las circunstancias de todo orden del menor, no se detecte la necesidad de articular los recursos previstos en el orden civil para su protección.

La intervención de la Entidad Pública se funda en la finalidad protectora. Los parámetros por los que debe regirse el principio de subsidiariedad remiten, de nuevo, a la idea de dimensiones (entidad de los hechos, reiteración, factores de riesgo concomitantes y subyacentes) y la existencia de una pluralidad de medidas alternativas aplicables con carácter preferente. La decisión de ingreso en el centro específico debe

estar presidida por su carácter de excepcionalidad (principios de necesidad y proporcionalidad). Esta decisión nunca puede concebirse como reacción sancionadora frente a la comisión de delitos.

3.1.5 LA FRANJA DE EDAD

Ni la LOPJM ni el art. 778 bis LEC determinan las franjas de edades para las que son aplicables estas medidas. Por tanto, el límite máximo es de 18 años (momento en que se alcanza la mayoría), no estableciéndose límite mínimo. En todo caso, no parece aceptable la estancia en estos centros de los más pequeños por lo que los Sres. Fiscales vigilarán, especialmente, los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años cumplidos.

Algunas CCAA han establecido, en la regulación de sus centros específicos, límites en el tramo inferior. Por ejemplo, exigen haber cumplido doce años la CCAA de Castilla-León (art. 6.i del Decreto 37/2004, de 1 de abril, por el que se regulan los requisitos mínimos y específicos de autorización para la apertura y funcionamiento de los centros destinados a la atención de menores con medidas o actuaciones de protección) y la CCAA del Principado de Asturias (art. 9 del Decreto 48/2003, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores). La CCAA del País Vasco requiere, sin embargo, la edad de 13 años (arts. 4.2.2 y 7.2 del Decreto 131/2008, de 8 de julio, regulador de los recursos de acogimiento residencial para la infancia y la adolescencia en situación de desprotección social).

3.2 El centro específico

3.2.1 CARACTERES GENERALES

Las definiciones de menores en situación de conflicto social o que presentan conductas inadaptadas que recogen las legislaciones de las Comunidades Autónomas, en ocasiones, incluyen dentro de su marco a los menores infractores (por ejemplo, el art. 78 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón o el art. 57 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja). Obviamente, los centros de menores con problemas de conducta pertenecen al ámbito de protección y, por tanto, no pueden ser considerados establecimientos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores que tienen un carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, apartado VII.5).

Como ya se ha especificado al hablar de las exigencias del CEDH, estos centros deben revestir unos requisitos de adecuación de la infraestructura en materia de seguridad y recursos suficientes a fin de cumplir los objetivos pedagógicos asignados. Como todos los centros de protección, deben cumplir las normas correspondientes, «especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada» (art. 3.3 CDN). La LOPJM (art. 25.1, segundo párrafo) expresa, en este sentido, que los centros específicos estarán «sometidos a estándares internacionales y a control de calidad» y que «dispondrán de una ratio adecuada entre el número de menores y el personal destinado a su atención para garantizar un tratamiento individualizado a cada menor» (art. 25.4). Deben estar disponibles los programas específicos que justi-

fican su finalidad (art. 25.2), con una cierta flexibilidad que permita su adaptación a las necesidades concretas de los usuarios. En lo que al Fiscal concierne, estos extremos suelen ser materia de las visitas de inspección a las que, posteriormente, se hará referencia.

Téngase en cuenta, por último, que se trata de una modalidad de acogimiento residencial. La regulación del régimen de funcionamiento es, por ello, competencia de la Entidad Pública que deberá prestar especial atención «a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos» (art. 21.2 LOPJM, párrafo segundo). La norma es respetuosa con la distribución de competencias en materia de protección de menores de las CCAA, garantizando una protección uniforme en todo el territorio del Estado. La disposición adicional segunda de la LO 8/2015 expresa, en este sentido, que «el Gobierno fomentará con las Comunidades Autónomas el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de esta ley en todo el territorio, y, en todo caso, en lo relativo a los centros de protección de menores con problemas de conducta».

3.2.2 LA CUESTIÓN DE LOS CENTROS PRIVADOS

El art. 25.1 LOPJM expresa que el capítulo se refiere a los «centros de protección específicos de menores con problemas de conducta dependientes de las Entidades Públicas o de entidades privadas colaboradoras de aquellas, en los que esté prevista la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales».

Respecto a los centros gestionados por entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, dispone la aplicación a los mismos del título II, capítulo IV LOPJM y que «deberán contar con la autorización administrativa para su funcionamiento emitida por la Entidad Pública competente en materia de protección a las personas menores de edad, y sujetos a su régimen de inspección y, en su caso, sanción administrativa».

La intervención privada, pues, se encuentra limitada a la ya expresada en el artículo 25.1 LOPJM y disposición adicional cuarta Ley 26/2015. Lo anterior no significa que se excluya totalmente. En primer lugar, la intervención con menores que presentan problemas de conducta en medio abierto (sin vinculación alguna a centros de internamiento) exige recursos de atención especializada profesional que no tienen necesariamente que revestir naturaleza pública.

Por otro lado, los problemas de conducta tienen también perspectivas vinculadas a los recursos sanitarios o sociosanitarios (como la LOPJM expresamente recoge en el art. 26.2) y al sistema educativo (art. 73 LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación). El internamiento, en el primer caso, tendría que ajustarse a las exigencias del artículo 763 LEC.

En lo que concierne al sistema educativo, la existencia de establecimientos de enseñanza en régimen de internado es un hecho. La libertad de creación de centros docentes de este tipo entraría dentro de las previsiones del artículo 27.6 CE que regula el derecho a la educación. La posibilidad de ciertas restricciones de la libertad del menor es admisible, como ya se analizó al hacer mención al caso Nielsen contra Dinamarca. Ahora bien, junto con las exigencias generales de autorización del organismo competente en materia de educación, existen evidentes límites, tanto de carácter general (art. 19 CDN) como, en lo que concierne propiamente a la intensidad de

las citadas restricciones, es decir, la disciplina de un centro educativo no puede infringir los derechos consagrados en normas internacionales (véase, en este sentido, la Observación General n.º 13[1999] del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, apartado 41, sobre el artículo 13 del Pacto referido al derecho a la educación).

4. EL NUEVO PROCEDIMIENTO CONTRADICTORIO

4.1 Legitimación

La legitimación activa para solicitar la autorización, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes (arts. 778 bis, apartado 3, y 26.3 LOPJM), se otorga a la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda de un menor y al Ministerio Fiscal, previsión que repite el art. 26.1 LOPJM.

Nada dice, en los casos en que el menor se encuentre bajo guarda voluntaria, de la intervención de los progenitores o tutores que siguen manteniendo responsabilidades parentales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 172 bis CC (redacción conforme Ley 26/2015). El art. 25.3 LOPJM, lo único que establece es que será necesario el compromiso de la familia a someterse a la intervención profesional.

El art. 763 bis del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 contenía una previsión para los padres y tutores que ostentaran la patria potestad o tutela para solicitar el ingreso en los centros privados para menores con medidas de contención y restricción de derechos y libertades fundamentales que no se encontraran bajo medida de protección de la Entidad Pública.

Con anterioridad a la reforma legislativa, la Circular 8/2011 distinguía entre los casos de tutela (ordinaria o administrativa) de los de guarda, estimando que no era necesaria la autorización porque entraba «dentro del radio de facultades y deberes integrados en la patria potestad», pudiendo recabar «el auxilio de la autoridad» conforme al artículo 154 CC. Con la redacción actual, dicha diferenciación no cabe. Se exige que el menor se encuentre bajo tutela o guarda de la Entidad Pública y, en este último caso, también es exigible autorización judicial.

La simple lectura del apartado 1 del art. 778 bis podría dar lugar al falso entendimiento de que es posible el ingreso, a solicitud del Ministerio Fiscal, de menores que no se encuentren en situación de tutela o guarda administrativa. Sin embargo, la definición del supuesto de hecho realizada en el n.º 1 del artículo 25, párrafo segundo (precepto al que remite expresamente la norma procesal), deja bien claro que sólo es posible para el «acogimiento residencial de menores que estén en situación de guarda o tutela de la Entidad Pública». Finalmente, es preciso puntualizar que la necesidad de autorización judicial es independiente de que el menor consienta o no el ingreso.

4.2 Competencia

La competencia objetiva para el otorgamiento de la autorización se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia y la territorial al «del lugar donde radique el centro», previsión que reitera en los supuestos de ratificación del ingreso urgente.

Cuestión práctica importante la constituye la derivada de la distribución territorial de los recursos. Las propias normas autonómicas prevén la posibilidad de ingreso

en centros de otras CCAA en atención a la carencia de dispositivos en el ámbito territorial o fundamentado en las circunstancias concretas y el interés del menor.

En el supuesto de solicitudes del Ministerio Fiscal que requieran comunicaciones entre las Secciones de Menores de las distintas Fiscalías Provinciales, se procederá conforme a los principios generales de celeridad y flexibilidad, evitando prácticas burocráticas que puedan suponer dilación. Sólo se recurrirá al auxilio fiscal en los casos en que sea estrictamente preciso, acudiendo, como alternativa, a cualesquiera otros medios de comunicación inmediata, singularmente telefónicos o informáticos.

Los Sres. Fiscales Delegados, tanto de las Secciones de Menores provinciales como los Delegados de Menores para la Comunidad Autónoma, velarán por resolver las diversas contingencias que puedan surgir, solventando coordinadamente las ocasionales diferencias de parecer que puedan producirse.

En los casos excepcionales en que la labor mediadora de los Delegados no diese fruto, resolverá el superior jerárquico común. Lo anterior implica, cuando las Secciones estén integradas dentro de la misma Comunidad Autónoma, que se acuda de inmediato –a través de los delegados de Sección– al Fiscal Superior de la correspondiente Comunidad, para que disponga lo que hubiere lugar (art. 22.4 EOMF). En aquellos casos en que las Secciones provinciales correspondan a diferentes CCAA, se acudirá por los respectivos Delegados al Fiscal de Sala Coordinador de Menores que resolverá el conflicto, conforme al art. 20.3 EOMF y la Instrucción 3/2008, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.

4.3 Capacidad procesal, representación y defensa

El art. 763.3 LEC (internamiento por razón de trastorno psíquico) expresamente refiere que «en todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley», es decir, que pueden comparecer con su propia defensa y representación y, si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento, y, en otro caso, el Letrado de la Administración de Justicia les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado. Por contra, el nuevo artículo 778 bis LEC no hace referencia a este extremo.

El art. 2.5 LOPJM establece que «toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular: a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente». Esta disposición debe interpretarse conjuntamente con las disposiciones del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 1996, que entró en vigor en España el 1 de abril de 2015, y con las orientaciones generales del Consejo de Europa (Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños, adoptadas el 17 de noviembre de 2010) y la Unión Europea (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones. Una Agenda de la UE en pro de los Derechos del Niño. Bruselas, 15.2.2011, apartado 2.1) sobre la Justicia accesible a los niños (*child-friendly justice*).

En lo que se refiere a la capacidad procesal, el propio art. 2.5 LOPJM establece, entre las diferentes garantías del proceso, «la participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses». El art. 10 LOPJM expresa que «para la defensa y garantía de sus derechos el menor

puede: (...) e Solicitar (...) el nombramiento de un defensor judicial, en su caso, para emprender las acciones judiciales y administrativas necesarias encaminadas a la protección y defensa de sus derechos e intereses». El derecho de designar un representante forma parte del contenido de los derechos procesales del niño conforme al artículo 4 del Convenio de 1996, sin perjuicio de la facultad judicial de nombrarlo (art. 9).

En el marco concreto de las privaciones de libertad, el menor tiene «derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción» (artículo 37.d CDN). El precepto no se refiere exclusivamente a las privaciones de libertad acordadas en materia de responsabilidad penal de los menores sino a todas las formas de privación de libertad, como el propio Comité de Derechos del Niño ha tenido ocasión de recordar (Observaciones Generales n.º 10[2007] y 6[2005]).

Conforme a la nueva redacción del art. 10 LOPJM «para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: (...) e Solicitar asistencia legal (...). En todo caso el Ministerio Fiscal podrá actuar en defensa de los derechos de los menores». El nuevo art. 21 bis LOPJM confiere al menor la posibilidad de «ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo», con independencia de la modalidad de acogimiento en que se encuentre (véase, también, art. 2.5.e). No obstante, el art. 17.3 CE, que «garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», halla su preferente razón en el marco del proceso penal y no implica necesariamente que las restantes formas de detención obliguen a la presencia o asistencia imperativa de Abogado (STC n.º 341/1993, de 18 de noviembre).

No siendo, pues, obligatoria la intervención de Letrado, los Sres. Fiscales cuidarán de que el menor sea informado de su derecho a designar Abogado y, en su caso, defensor judicial. A tal efecto, deberá hacerse constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación de tales derechos realizada por el Juzgado. Al igual que ha expresado el TC en relación con el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, se «impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información» y, al mismo tiempo, «no presuponer su conocimiento por el afectado» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio). En caso, de que el menor no ejercite este derecho, la defensa siempre correrá a cargo del Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva (art. 749. 2 LEC y 10 LOPJM ya citado).

Téngase en cuenta, además, que la normativa alude expresamente a la intervención de Abogado independiente en los arts. 31 (asistencia en materia de régimen disciplinario) y 34 LOPJM (garantiza la asistencia en los recursos sobre medidas limitativas del régimen de visitas y de los permisos de salida). Finalmente, es importante destacar que, en lo que concierne a la posibilidad de entablar recursos, el art. 778 bis –a diferencia del art. 763 bis, apartado 5, del Anteproyecto– ha acogido la legitimación autónoma del menor para su interposición, asumiendo el parecer expresado por el CGPJ. Si desea interponerlo, será necesaria la designación de Abogado y Procurador (art. 750.1 LEC).

4.4 Información de derechos

Como ya se ha expresado, el art. 2.5 LOPJM establece el derecho procesal del menor «a ser informado». Los arts. 2.d y 3 del Convenio de 1996 definen la «información pertinente» como «la información apropiada, habida cuenta de la edad y del

discernimiento del niño, que se le facilitará con el fin de permitirle ejercer plenamente sus derechos, a menos que la comunicación de dicha información redunde en perjuicio de su bienestar».

Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa suministran una importante orientación sobre la forma y contenidos de carácter general (apartado IV, reglas 1 a 5). La información debe facilitarse de manera adaptada a la edad y madurez, en lenguaje que sea comprensible y con sensibilidad al género y la procedencia cultural del menor.

Como regla, tanto los niños como los padres o legales representantes deben recibir directamente la información. El hecho de suministrarla a los padres no exime de la obligación de comunicarla al menor afectado. El art. 778 bis, apartado 4, hace referencia expresa a esta obligación al señalar que el menor «deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le sean comprensibles a su edad y circunstancias». Téngase en cuenta que el requisito de la información de los motivos de la detención es exigencia del art. 5.2 CEDH, situación que no es predicable únicamente de los procedimientos penales, sino también de cualquier forma de privación de libertad debido al «estrecho vínculo entre los párrafos 2 y 4 del art. 5» CEDH (STEDH de 21 de febrero de 1990, caso Van der Leer contra los Países Bajos). Del mismo modo, también es exigible conforme al art. 9.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo primer inciso es aplicable a todas las formas de privación de libertad (Observación General n.º 8[1982] del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales).

En suma, como expresa el memorando de las líneas directrices (apartado 54), «los niños necesitan comprender lo que está sucediendo, cómo las cosas van a seguir su curso o pueden hacerlo, qué opciones tienen y cuáles son las consecuencias de las mismas».

En el caso de extranjeros menores de edad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.h del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, es preceptiva la comunicación al correspondiente consulado.

Finalmente debe subrayarse que el Convenio de 1996 matiza que corresponde a la autoridad judicial «asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente» (art. 6.b). La forma de transmisión podrá ser oral o escrita según las circunstancias, conforme expresa el memorando (apartado 28). Las líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa se muestran favorables al desarrollo y facilitación de documentos que contengan la mentada información adaptados a los menores (n.º 4). En cualquier caso, es necesaria la constancia documental de su práctica, bien a través de una diligencia de notificación o en el acta de examen personal del menor (véase, en este sentido, la citada STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

4.5 Tramitación

El artículo 778 bis constituye un nuevo proceso especial de carácter singular, al que no son aplicables las disposiciones generales del artículo 753 LEC. La norma expresa una serie de trámites obligatorios, de forma paralela al art. 763 LEC, destinado al internamiento no voluntario por trastorno psíquico.

En primer lugar, establece que el Juez debe «examinar y oír» al menor. Es necesario atender al ámbito subjetivo: su opinión, preferencias y razonamientos. Son, naturalmente, de aplicación los arts. 12 CDN (junto a la interpretación del mismo dada por la Observación General n.º 12 del Comité de Derechos del Niño [2009]: El derecho del niño a ser escuchado) y 9 LOPJM. El resultado de la audiencia del menor

no es vinculante, puede desatenderse motivadamente. La omisión de la audiencia en sede judicial supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC n.º 152/2005, de 6 de junio). En el caso de rechazo del menor a la audiencia, el criterio debe ser el de la Observación General n.º 12 ya citada: «jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento» (apartado 134).

En segundo lugar, se establecen las audiencias preceptivas a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada. La Ley no hace referencia a los progenitores o tutores que tengan suspendida la patria potestad o tutela en los casos de desamparo. En este sentido, es de recordar que el art. 22 LOPJM obliga a la Entidad Pública que tenga menores bajo su guarda o tutela a informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos cuando no exista resolución judicial que lo prohíba. No deja de ser una medida extraordinaria adoptada dentro del seno de una situación de separación familiar. En principio, deben tener conocimiento del procedimiento judicial y poder participar en él (artículo 9.2 CDN). De no hacerlo así y no haberse practicado las actuaciones necesarias para atender en un grado suficiente la precisa protección de sus intereses, «existiría un fracaso en el respeto a la vida familiar y una intromisión derivada de la decisión que no sería susceptible de ser considerada como necesaria en el sentido del artículo 8» CEDH (STEDH de 8 de julio de 1987, caso B. contra el Reino Unido).

En tercer lugar, la norma exige «informe» del Ministerio Fiscal. Cabe, en principio, su realización por escrito.

En cuarto lugar, de forma paralela al art. 763, el n.º 4 del art. 778 bis establece que el Juzgado «recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso o le sea instada».

La tradicional intervención del médico forense no es siempre necesaria. El término «facultativo» tiene diversas acepciones conforme al DRAE y, si bien una de ellas es la de «médico o cirujano», también se aplica a otras personas que «profesan una ciencia o arte».

Como se expresó en el epígrafe 3.1, la propia norma aclara que la solicitud de ingreso «estará motivada y fundamentada en informes psicosociales emitidos previamente por personal especializado en protección de menores». La preexistencia de un informe emitido desde la imparcialidad debe tenerse presente. Esta circunstancia era destacada en el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica Complementaria de la Ley de Protección a la Infancia, abogándose en el mismo por una flexibilización del procedimiento en aras a la necesaria celeridad.

Además de la posibilidad de intervención del Médico Forense, debe tenerse presente la reorganización de los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la posibilidad de integrar en ellos a los equipos psicosociales que incluyen el personal con formación especializada en familia, menores, personas con discapacidad y violencia de género y doméstica, llevada a cabo por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ (art. 479.3). Igualmente podrá acudir a otros técnicos adscritos a los Juzgados, a las entidades locales o a la Entidad Pública de Protección de Menores.

La resolución debe fundarse en el interés del menor, conforme a los criterios que resultan del art. 2 LOPJM y expresar el resultado de su audiencia y la valoración de la misma (art. 9.3 LOPJM). El auto debe pronunciarse, además, «sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse» (art. 26.3 LOPJM).

Como expresaba la Circular 8/2011, «en aplicación del principio de prohibición de exceso, el Fiscal debe analizar la adecuación cualitativa (en relación a las necesidades del menor) y cuantitativa (intensidad y duración) de la medida, su necesidad por inexistencia de otro recurso menos restrictivo que pudiera ser aplicado con igual resultado y su proporcionalidad».

5. EL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS EN LA RATIFICACIÓN DE LOS INTERNAMIENTOS URGENTES

5.1 Límite máximo e improrrogable

Conforme al art. 26.3, párrafo segundo LOPJM: «... si razones de urgencia, convenientemente motivadas, hicieren necesaria la inmediata adopción del ingreso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal podrá acordarlo previamente a la autorización judicial, debiendo comunicarlo al Juzgado competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación del mismo para lo que deberá aportar la información de que disponga y justificante del ingreso inmediato. El Juzgado resolverá en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no lo autorice». El art. 778 bis LEC, en su apartado 3, párrafo primero, de forma similar, dispone que «... en este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado».

El plazo para la ratificación de la medida no puede elevarse en ningún caso más allá de las setenta y dos horas, al resultar vinculante la limitación que fija el art. 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC n.º 341/1993, de 18 de noviembre, 179/2000, de 26 de junio y 141/2012, de 2 de julio). El régimen de los plazos no se aparta, por lo antedicho, del establecido en el art. 763 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. En este sentido, en la STC n.º 182/2015, de 7 de septiembre, referida a este último tipo de internamientos, el TC estudia el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento y considera que no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. La extensión de tal límite lesionaría el derecho a la libertad personal.

Como ya se refirió en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (apartado 7.2), las Fiscalías Provinciales y de Área deberán promover ante el Juez de Guardia la legalización de los internamientos en días inhábiles. Será aplicable el art. 70 LEC en relación con el art. 42.5 del Acuerdo Reglamentario 1/2005, de 27 de abril, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales; ello siempre, claro está, que no exista en el concreto Partido Judicial el servicio especial dentro de la jurisdicción civil que prevé el art. 42.6 del Reglamento 1/2005. Conforme al art. 42.5 el Juez que desempeñe en cada circunscripción el servicio de guardia conocerá

también, en idéntico cometido de sustitución, de las actuaciones urgentes e inaplazables que se susciten en el ámbito de la Oficina del Registro Civil así como de las atribuidas a los Jueces Decanos en el art. 70 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte, el art. 70 LEC dispone que los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable. Incumbe a las autoridades judiciales la adopción de los ajustes necesarios, incluso durante un período de vacaciones, para asegurar que los asuntos urgentes sean resueltos con rapidez y esto es particularmente indispensable cuando la libertad personal de un individuo está en juego (STEDH de 29 de agosto de 1990, caso E contra Noruega). Como ha señalado el TC, la superación del plazo –que opera como límite máximo e improrrogable– conlleva la vulneración del derecho fundamental del artículo 17.1 CE. No puede mantenerse el confinamiento si a la expiración no se ha ratificado la medida, no cabiendo aducir dificultades logísticas o excesiva carga de trabajo del órgano judicial para justificar la demora. No puede convalidarse el incumplimiento porque, con posterioridad, se dicte auto y este resulte confirmatorio.

Aclara el TC que «vencido el plazo no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si éste se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad», dado que «otra interpretación llevaría a vaciar de contenido el límite previsto, confundiría lo que es una dilación procesal indebida con la lesión injustificada del derecho a la libertad e introduciría un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

Siendo aplicable todo lo expuesto con anterioridad referido al internamiento urgente por razón de trastorno psíquico, son apreciables dos diferencias de importancia. En primer lugar, a diferencia del internamiento por razón de trastorno psíquico donde «lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio), aquí podría ser admisible el traslado del menor desde el centro al Juzgado. Sin embargo, las Líneas directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la justicia accesible a los niños (apartados 54 a 63 y 121 a 125 de su memorando) incluyen consideraciones sobre trato, lenguaje y entorno que contemplan la necesaria adaptación de las salas de espera y los lugares donde se desarrollen las entrevistas. Es de observar que, incluso para los adultos, las instalaciones judiciales presentan un carácter intimidante. Se considera, por ello, norma de buena práctica el desplazamiento al centro de protección especializado.

En segundo lugar, si se supera el plazo y es necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección ordinario que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

5.2 El procedimiento de *habeas corpus*

El art. 17.4 CE establece que «la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». La LO 6/1984, de 24 de mayo lo regula, atribuyendo al Juez de Instrucción la competencia para su conocimiento.

En este concreto ámbito, la cuestión de la observancia de los plazos ha sido objeto de atención en materia de internamientos no voluntarios por razón de trastorno

psíquico por parte del TC, doctrina que es enteramente aplicable a otras formas de privación de libertad de carácter no penal como la presente. Así, al igual que en los supuestos del art. 763 LEC, en lo que concierne a la preceptiva comunicación al Juzgado, cuando se «incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de *habeas corpus*» (STC n.º 141/2012, de 2 de julio).

Con independencia de que todas las infracciones del procedimiento cometidas por el órgano judicial sean denunciables ante el mismo en orden a su inmediata reparación, solicitando una respuesta y, en su caso recurriéndola, todos los casos de inactividad objetiva del órgano judicial permiten acudir al procedimiento de *habeas corpus* ante el Juez de Instrucción en procura de la necesaria tutela de la libertad.

La ausencia de control regular del internamiento (revisiones) también puede justificar el recurso al *habeas corpus* (STC n.º 104/1990, de 4 de junio). Debe destacarse, por último, el relevante papel que en la protección del derecho a la libertad otorga la LO 6/1984 tanto al Juez de Instrucción competente (que puede iniciarlo de oficio) como al Ministerio Fiscal, que está facultado para instarlo (art. 3).

6. RÉGIMEN DE RECURSOS

El recurso apelación, que carece de efecto suspensivo, sólo podrá interponerse por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal y los progenitores o tutores «que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores».

La limitación excluye la presencia de otras figuras como los guardadores de hecho o los acogedores, cuyas facultades se han ampliado por la Ley 26/2015 en los arts. 303 CC y 20 bis LOPJM, respectivamente.

Como exigencia del principio de flexibilidad que rige en la aplicación de las medidas de protección de menores, en el momento de decidir, la Audiencia deberá tener en cuenta «el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias» que se hayan producido durante el lapso de tiempo transcurrido desde el dictado de la resolución en primera instancia (art. 2.5.e LOPJM).

El carácter preferente del procedimiento en todas las instancias resulta de su propia naturaleza tuitiva de derechos fundamentales en materia de protección de menores (en sentido similar, arts. 249.1.2.º y 779, párrafo primero LEC y 9.1 LOPJM).

7. INTERVENCIÓN JUDICIAL DURANTE EL PERÍODO DE INTERNAMIENTO: REVISIONES, INCIDENCIAS Y TRASLADOS

La revisión a intervalos razonables de las circunstancias que motivan la privación de libertad forma parte del contenido del art. 5.4 CEDH (por todas, STEDH de 26 de septiembre de 2000, caso Oldham contra el Reino Unido). El plazo ordinario para la revisión (tres meses) es más reducido que en el caso del art. 763 LEC para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La revisión exige el envío del informe periódico de la Entidad Pública y del Director del Centro, la audiencia del menor y el informe del Ministerio Fiscal.

Es importante destacar que la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia. Conforme al artículo 37.b CDN, las privaciones de libertad (no sólo las acordadas en procedimientos de naturaleza penal) deben acordarse «como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda». La idea rectora supone su consideración como intervención extraordinaria temporal por períodos concretos y no con duración indeterminada.

Los Sres. Fiscales vigilarán especialmente que los menores no permanezcan en el centro «más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas» (art. 26.1 LOPJM), realizando especial seguimiento de aquellas estancias que excedan de 9 meses de duración.

El ingreso en este tipo de centros puede llevar aparejada una serie de vicisitudes que precisan de intervención judicial del órgano que esté conociendo el ingreso.

Son las siguientes: 1) Recurso contra la adopción de medidas de seguridad (contención mecánica, contención física, aislamiento o registros personales y materiales) acordadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor, Ministerio Fiscal o la Entidad Pública, conforme al art. 27.3 LOPJM); 2) Recurso contra las medidas limitativas del régimen de visitas y permisos de salida adoptadas por el Director del Centro (a instancias del propio menor «al que se le garantizará asistencia legal de abogado independiente» o del Ministerio Fiscal, art. 34.3 LOPJM); 3) Recurso contra las medidas de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas adoptadas por el Director del Centro (a instancias del menor, del Ministerio Fiscal y de las personas interesadas, art. 35.2 LOPJM); 4) Recurso contra las decisiones de traslado de centro (a instancias del menor, Ministerio Fiscal y personas interesadas, art. 778 bis LEC, apartado 6, párrafo último).

Si la revisión hace referencia al aspecto temporal del principio de proporcionalidad, el control judicial de las medidas y posibles restricciones remite directamente a la adecuación de la intensidad. El art. 26.3 LOPJM exige que la autorización del ingreso (o ratificación) se pronuncie «sobre la posibilidad de aplicarles medidas de seguridad, así como de limitarles temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse». Nada parece impedir que la omisión de este extremo en la resolución pueda ser subsanada con posterioridad (art. 215 LEC) o que se dicte una nueva que contemple la referida aplicabilidad, pese a que inicialmente no se permitiera.

El concepto de medidas de seguridad (contención, aislamiento o registros) se desarrolla en los arts. 27 a 30 LOPJM.

Debe en este punto tenerse presente la Observación General n.º 4 del Comité de los Derechos del Niño (2003) que reconoce que el entorno social del niño es un factor determinante de su nivel de salud. La Observación menciona a los menores que viven en establecimientos públicos como particularmente expuestos a la violencia institucional, lo que presupone la obligación de los poderes públicos de adoptar cuantas medidas legales, administrativas, sociales, sanitarias y educativas sean precisas para protegerlos y garantizar la indemnidad de su derecho a gozar del máximo nivel posible de salud, frente a cualquier posible forma de maltrato personal o institucional, frente a abusos terapéuticos o disciplinarios y frente a la institucionalización excesiva o inadecuada.

Como expresara la Circular 8/2011 «es necesario que los Sres. Fiscales supervisen los Reglamentos de Régimen Interno y su aplicación, a fin de comprobar que el aislamiento se utiliza correctamente».

El régimen de visitas, permisos de salida y comunicaciones del menor, se regula en los arts. 34 y 35 LOPJM. Es importante recordar que el TEDH ha expresado que la existencia de permisos de salida no implica que el afectado no esté legalmente dete-

nido (SSTEDH de 28 de mayo de 1985, caso Ashingdane contra el Reino Unido). Lo anterior tiene importantes efectos, en particular respecto a los plazos de revisión.

En lo que concierne al régimen de visitas, debe destacarse que se aparta del sistema general establecido en el artículo 161 CC, precepto que ha experimentado una importante evolución. La Circular 8/2011 se pronunció expresamente sobre la competencia de la Entidad Pública para decidir sobre el régimen de visitas, quedando a salvo el preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, cuando los interesados ejerciten sus acciones de oposición a aquélla y sin perjuicio de la intervención supervisora del Ministerio Fiscal (apartados VI y XV.5). Aunque algún pronunciamiento (STS n.º 663/2013, de 4 de noviembre) estimó que la limitación o suspensión del régimen de visitas y comunicaciones es propiamente judicial, la propia Sala I.ª fijó como doctrina jurisprudencial que «la Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada» (STS Pleno n.º 321/2015, de 18 de junio). El art. 161 CC, tras su modificación por la Ley 26/2015 ha perfilado todavía más esta cuestión, disponiendo:

La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. A tal efecto, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor. El menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dichas resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el sistema que regulan los arts. 34 y 35 LOPJM, no es a la Entidad Pública sino al Director del centro al que se le otorga la facultad de restringir o suspender visitas, salidas y comunicaciones de manera motivada y dentro de los términos recogidos en la autorización judicial de ingreso, siempre en interés del menor y nunca como medida disciplinaria. El sistema de recursos también varía, dado que se aparta del régimen general del art. 780 LEC, siendo competente para la resolución del recurso el órgano judicial que esté conociendo el ingreso (el del lugar en el que radique el centro) que puede perfectamente no coincidir con el que tendría esta atribución en el caso del citado art. 780 (fuero del domicilio de la entidad protectora, conforme señala el art. 779 LEC).

Cabe entender, como línea de principio, que existirá sintonía de criterios entre la dirección del centro y la Entidad Pública, sobre todo cuando se integren en una misma organización administrativa. Ahora bien, es conceptualmente posible que dicha situación no se dé o que la organización no sea la misma (véase, en este sentido, la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015, que regula el régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes). En tales casos, es evidente que la Entidad Pública podrá intervenir en el procedimiento judicial (arts. 778 bis, apartado 1 LEC y 26.1 LOPJM), siendo tutora o guardadora del menor y

ostentando legitimación, con carácter general, en los procedimientos civiles en los que se acuerden medidas de protección (art. 216 CC).

Una interpretación sistemática de los arts. 34 y 35 LOPJM en relación con los arts. 154 a 161 CC lleva necesariamente a reconocer también legitimación para recurrir las resoluciones que restrinjan o suspendan las visitas, comunicaciones y salidas a los padres y a otros allegados interesados. Por último, la norma procesal (art. 778 bis, apartado 6, último párrafo) regula el régimen de traslados a otros establecimientos de la misma naturaleza, estableciendo que no será necesaria nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento para el control periódico el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. Se acoge el criterio de competencia establecido por la doctrina del Tribunal Supremo, tanto para los casos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico como para los de tutela, que ya había sido objeto también de resolución para los centros de «formación especial» (Así, ATS de 2 de septiembre de 2014, n.º de recurso 88/2014).

8. CESE DE LA MEDIDA

La nueva norma se aparta del tenor del Anteproyecto de 28 de abril de 2014 que expresaba que «cuando la Entidad Pública o el Director del centro si el menor no estuviera bajo la protección de aquélla, consideren que debe cesar la referida medida, la dejarán sin efecto y comunicarán el informe de alta y la resolución administrativa, en su caso, inmediatamente al Ministerio Fiscal y al Tribunal competente, quien procederá al archivo del procedimiento». Este era el criterio que, en la práctica judicial, se siguió hasta la entrada en vigor de la LO 8/2015. La redacción vigente, en sentido contrario, señala: «El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo» (arts. 778 bis, apartado 7, párrafo segundo, LEC y 26.5 LOPJM).

Es de reseñar que también se separa del criterio adoptado para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Durante la tramitación de la LEC, el art. 765 del Proyecto de Ley establecía una solución similar que fue rechazada. La razón de ello era muy clara, la intervención judicial se justifica en aras a garantizar la libertad ambulatoria. Las razones del internamiento son de carácter terapéutico cuya decisión compete al criterio médico. Si es el Juez el que decide el mantenimiento de la medida se deduce que puede estar justificado por otras razones distintas.

Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de la necesidades de protección del menor.

9. FACULTADES DEL MINISTERIO FISCAL

La intervención del Ministerio Fiscal es siempre preceptiva (art. 749 LEC), pudiendo actuar como solicitante o como mero dictaminador. No plantea especiales problemas la segunda de estas funciones. La primera, sin embargo, sí que genera dudas tanto de concepto como prácticas.

La norma no establece ninguna limitación a la hora de valorar la oportunidad de dirigir una solicitud de ingreso al órgano judicial. Sin embargo, son muchas las razones que aconsejan un uso prudente de esta facultad. La primera radica en que los recursos, en estos casos las plazas en centro de estas características, son limitados. Lo anterior implica una acción coordinada a fin de optimizar los mismos y atender a unos criterios básicos con objeto de dar prioridad a aquellos casos en que las necesidades que presenten los menores así lo demanden.

La segunda es que es necesario respetar el principio de subsidiariedad, lo que exige una adecuada evaluación de las medidas alternativas y de la posibilidad efectiva de llevarlas a cabo. Es preciso tener en cuenta que las medidas residenciales han de constituir siempre la excepción y que deben priorizarse las medidas de prevención para el apoyo de los menores y sus familias en la medida de lo posible. En un contexto en el que claramente se observan déficits en dispositivos públicos de atención en las distintas áreas relacionadas con la atención de los problemas de conducta (salud mental infanto-juvenil, educación inclusiva, mecanismos de apoyo familiar...) debe evitarse acudir a este tipo de recursos en primer término.

Finalmente, la legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM).

Como línea de principio, en los casos de menores en que la Entidad Pública asuma la tutela o guarda, será necesario examinar el plan individualizado (art. 19 bis LOPJM). La intervención del Fiscal se desarrollará en el marco de su papel de superior vigilancia que le confiere el art. 174 CC. Si se detecta una situación de pasividad de la Administración o un criterio evidentemente errático y, tras ponerlo en conocimiento de la Entidad Pública, no se adopta la medida, es el momento de dictar la correspondiente resolución en el expediente de protección (de menores tutelados o de guarda, conforme a las distintas categorías descritas en la Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, sobre la organización de los servicios de protección de las secciones de menores). El decreto deberá fundamentar rigurosamente las distintas circunstancias que configuran el supuesto de hecho, ya citadas en la presente Circular, y servirá de fundamento a la correspondiente solicitud.

Como ya se ha referido, es posible que la necesidad del ingreso se detecte en el ámbito judicial en los casos en que la guarda se haya acordado directamente por el Juez, lo que permitiría una intervención al margen de la evaluación de la Entidad Pública. Si el Fiscal, en atención a las circunstancias existentes y a los informes psicosociales de que disponga, considera necesario y justificado el internamiento, deberá solicitarlo si la situación no permite demora. En caso contrario, lo procedente será comunicarlo a la Entidad Pública.

Es importante destacar que los informes psicosociales normalmente procederán de los Equipos Técnicos de la Sección de Protección de Menores o de los Juzgados de Familia, pero también es posible recabarlos de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas. El nuevo apartado 4 del art. 174 CC así lo permite al Ministerio Público. El Preámbulo de la Ley 26/2015 (apartado III) justifica lo anterior: «Las altas funciones que se encomiendan al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, deben verse acompañadas de los suficientes medios a fin de que pueda ejercerlas de manera efectiva, evitando que sus esfuerzos queden limitados a un simple voluntarismo carente de operatividad práctica o que su actuación sea meramente simbólica. A tales efectos, expresamente se le asigna la posibilidad de solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública.»

En los casos en que fuera necesario proceder al ingreso por razones de urgencia, hay que recordar que, a diferencia del art. 763.1 LEC para el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, el art. 778 bis, apartado 3, expresa que la comunicación al Juzgado dentro de las 24 horas se realice directamente por el Ministerio Fiscal (no por el responsable del centro).

La decisión de ingreso por razones de urgencia exige una resolución fundada que adoptará la forma de decreto. Se razonarán tanto las circunstancias que configuran el supuesto de hecho como los motivos que exigen la adopción inmediata de la medida. Importante es concretar la necesidad de protección y la finalidad educativa, particularmente en los casos en que pueda cuestionarse que el móvil del ingreso responde a criterios de defensa social frente a menores conflictivos, lo que prohíbe la normativa (art. 25.2 LOPJM).

Finalmente, en lo que concierne al internamiento urgente, deben abordarse dos problemas prácticos. El primero radica en la necesidad de comprobar la existencia de plazas, para lo cual es necesario comunicar previamente con los centros correspondientes de la forma más rápida posible. En el caso de inexistencia de plazas, habrá que valorar si proceden medidas alternativas o, en su caso, simplemente poner al menor a disposición de la Entidad Pública si hubiera lugar a ello.

El segundo radica en si es posible, en los supuestos en que existan plazas libres en distintos centros, optar directamente por uno u otro o se trata de una competencia exclusiva de la Entidad Pública. La atribución de esta facultad a los tribunales presenta soluciones dispares en el derecho comparado. Inicialmente, en tanto no se consolide otra práctica, habrá de partirse de que forma parte de las facultades de auto organización de la Entidad Pública.

Debe subrayarse que todo ingreso en estos centros exige como presupuesto que el menor esté bajo medida de tutela o guarda de la Entidad Pública, por lo que si el menor no se encuentra bajo tales medidas, la única vía para que pueda acordarse el internamiento al margen de dicha Entidad Pública es la de que previa o simultáneamente se acuerde por el Juzgado la guarda del menor. Si bien el Juez no puede acordar de oficio el ingreso del menor en centro específico sino sólo a solicitud de la Entidad Pública o del Fiscal, sí que tiene la facultad de «acordar la guarda en los casos en que legalmente proceda» (arts. 19.1 LOPJM y 172 bis n.º 2 CC), posibilitando que el Ministerio Público decrete el ingreso de urgencia o promueva la autorización.

10. DERECHO TRANSITORIO

La normativa procesal concierne al procedimiento aplicable a la revisión (expediente de jurisdicción voluntaria o procedimiento contradictorio). Los trámites propiamente dichos, actualmente previstos en el art. 778 bis, apartado 6, no difieren, esencialmente, de los que se realizaban con anterioridad a su entrada en vigor.

Sin embargo, existen cuatro cuestiones que pueden suscitar dudas. La primera consiste en quién acuerda el cese de los internamientos autorizados o ratificados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015. Junto con la disposición del art. 778 bis, apartado 7, la situación se prevé también el art. 26.5 LOPJM.

Habrà de solucionarse la cuestión conforme a la previsión de la Disposición Transitoria Única de la LO 8/2015, conforme a la que «los procedimientos judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio». Consiguientemente, los procedimientos incoados con anterioridad a su vigencia no exigirán que el cese lo acuerde el Juez. Ello no

obsta a que en todo caso, también en estos procedimientos pueda el Juez acordar el cese de la medida.

La segunda cuestión radica en qué sucede con los ingresos que se verificaron sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad. Desde la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2015, todas las admisiones en este tipo de centros están sometidas a control judicial, por lo que sería necesario proceder a la correspondiente «regularización» (situación similar ya fue contemplada en la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos). Sin embargo, tras la STC n.º 34/2016, de 29 de febrero –referente también al art. 763 LEC–, «no resulta posible hablar de la regularización de un internamiento involuntario que se prolonga durante días, semanas o meses sin autorización del Juez» (FJ 5.º).

Conforme al tenor de la resolución, es obligado poner fin a dicha situación de ilicitud porque no puede introducirse «un abanico indefinido de flexibilidad, a todas luces peligroso e inconveniente». Hay que añadir que, a pesar de lo anterior, «no desaparece la facultad del Juez para ordenar el internamiento, pero si este se adopta deberá serlo estando el afectado en libertad». Debe recordarse –como se hizo en el apartado 5.1 de la presente Circular– que la Entidad Pública sigue estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado, por lo que puede haber lugar a un acogimiento residencial en un centro de protección ordinario –que no exige intervención judicial– y solicitar desde allí la autorización ordinaria para el ingreso en centro específico conforme al art. 778 bis.

Los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten con posterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015, competencia del órgano judicial que conoció del ingreso, se tramitarán conforme a la nueva normativa ya que tienen sustantividad propia, con independencia de que la autorización o ratificación inicial se haya verificado en un expediente de jurisdicción voluntaria incoado con anterioridad.

Por último, la obligación de revisar la medida con carácter trimestral (art. 32 LOPJM y 778 bis apartado sexto LEC) debe entenderse aplicable también a los internamientos acordados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma. Este fue el criterio seguido por la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos que disponía que «por lo menos cada seis meses se revisen los internamientos de las personas ingresadas en establecimientos psiquiátricos, cualquiera que sea su denominación, tanto con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1983 como los ingresados al amparo de la legislación anterior, según ordena el art. 211 del Código Civil».

11. INSPECCIÓN DE CENTROS

La garantía judicial no es el único control que exigen los centros de estas características. La preocupación que suscita los internamientos de menores, ha tenido reflejo en recomendaciones internacionales como la CM/Rec(2009)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre estrategias nacionales integradas para la protección de los menores de la violencia, de 18 de noviembre de 2009. Su art. 5.1 establece la obligación explícita del Estado de asegurar los derechos de los menores a la protección de todas las formas de violencia, incluso en sus formas más

leves, prohibiendo aquellas que incluyen, imperativamente «todas las formas de violencia en instituciones residenciales» (recordando la Recomendación CM/Rec[2005]5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre los derechos de los menores internos en centros residenciales, de 16 de marzo de 2005). Del mismo modo, cabe citar la Observación general n.º 13 (2011) del Comité de Derechos del Niño titulada «Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia» que establece una definición del término acorde con el art. 19.1 CDN.

Al margen de la investigación, en su caso, de posibles responsabilidades penales conforme al tipo penal incorporado al art. 533 CP, las funciones de control externo tienen un contenido más amplio. El ya citado Informe del Defensor del Pueblo, en este sentido, recomienda al Ministerio Fiscal la visita periódica de los centros de protección de menores, inspeccionando las instalaciones y las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose separadamente con los menores que lo soliciten, exhortando a un control exhaustivo de los centros de protección para menores con trastornos de conducta y a que se doten adecuadamente las plantillas y medios materiales para tal fin (recomendaciones 55 a 57). Ha de tenerse presente la obligación de velar porque los menores puedan desarrollar actividades lúdicas, de descanso, culturales y recreativas (art. 31 CDN), dado que los niños institucionalizados se encuentran dentro de los grupos especialmente vulnerables (OG n.º 17[2013] del Comité de los Derechos del Niño, apartado 51).

Siguen vigentes los criterios de inspección ya reseñados con anterioridad (protocolo de inspección de 2009, Instrucción 3/2008 [apartado III.4, punto 12] y Circular 8/2011) y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores con periodicidad trimestral.

Con carácter general, el art. 21.5 LOPJM, manteniendo la obligación de inspección que ya recogía el anterior apartado 4, detalla, sin carácter exhaustivo, los extremos que el Fiscal debe analizar, entre los que se encuentran los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno.

En lo que concierne propiamente a los centros específicos, es de reseñar su obligación de remitir informes motivados de seguimiento con carácter trimestral, documento que debe incluir las entradas en el Libro de Registro de Incidencias (art. 32 LOPJM). El citado Libro, conforme al texto de la norma, recoge las medidas de seguridad aplicadas (art. 27.4), es decir, contención (mecánica o física), aislamiento o registros (personales o materiales).

El nuevo art. 31 LOPJM hace referencia expresa al régimen disciplinario, recogiendo los criterios ya reseñados en la Circular 8/2011. Junto con la observancia de los principios generales en materia disciplinaria a los que deberá ajustarse la legislación de las CCAA, se garantiza con carácter novedoso la asistencia legal de un abogado independiente.

En particular se comprobará que las medidas de seguridad previstas en los arts. 27 a 30 LOPJM nunca se utilizan con fines disciplinarios y que las condiciones de ejecución de la separación de grupo no podrán exceder en ningún caso de las previstas en el art. 66 del Reglamento LORPM para los menores infractores. En este sentido, el art. 31.2 LOPJM va más allá y expresa que «no podrán establecerse restricciones de igual o mayor entidad que las previstas en la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores». Hay que tener presente, por tanto, el art. 60 LORPM y lo dispuesto en el Capítulo IV de su Reglamento.

Es importante consignar que el art. 21.7 LOPJM especifica la obligación de dar cuenta inmediata al Ministerio Fiscal de «todas aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial».

Los Sres. Fiscales cuidarán de que, en los expedientes de protección, figuren los informes trimestrales a que hace referencia el art. 32 LOPJM y las notificaciones del precitado art. 21.7, a los efectos de supervisar, especialmente, la correcta aplicación de las medidas, tanto de seguridad como disciplinarias, impuestas.

12. VIGENCIA DE CIRCULARES, INSTRUCCIONES Y CONSULTAS PRECEDENTES

La Circular 8/2011, de 16 de noviembre sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, queda sin efecto en su apartado IX (pautas en relación con los centros de menores con trastornos de conducta) –a excepción de los últimos cinco párrafos relativos a la actividad de inspección de centros– y conclusiones derivadas (XV apartado 8, concretamente la conclusión 1.^a).

13. ESTADÍSTICA

El conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia es un objetivo perseguido por la propia LOPJM (arts. 22 ter y quáter). La Instrucción 1/2009, ya citada, en este sentido, expresó: «La importancia del control estadístico en materia de menores es subrayada por la Observación General n.º 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.»

La necesidad del Estado de dotarse de un sistema eficiente de inspección y control externo de las instituciones residenciales exige la recolección y análisis de datos estadísticos relevantes (CM/Rec[2005]5, de 16 de marzo, sobre los derechos de los menores acogidos en instituciones residenciales). Si lo anterior es predicable con alcance general, en mayor medida es exigible en el presente caso de los centros específicos en los que se produce una situación excepcional que comporta privaciones de libertad.

La entrada en vigor de la nueva LO 8/2015 exige dotar al Ministerio Público de un instrumento estadístico adecuado para la evaluación de su impacto y análisis de las posibles deficiencias que puedan detectarse. La coordinación en todo el territorio y la selección de los datos es la tarea que ahora cumple desarrollar.

A tal efecto, en enero de cada año, por las Secciones de Menores de las Fiscalías Provinciales, se solicitará a las Entidades Públicas los datos que a continuación se reseñan. Tales datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección realizadas por el Delegado de Menores e información sobre las novedades en la legislación autonómica se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE.

Los datos son los siguientes:

- Centros de cada provincia (denominación y dirección).
- Usuarios (dentro del año). Subdivisión en sexo y edad (17, 16, 15, 14, 13, 12, menos de 12).

- Solicitantes del ingreso. Subdivisión de los instados por la Entidad Pública o por el Ministerio Fiscal.
- Modalidades de ingreso. Subdivisión en ordinario y urgente.
- Tiempo de estancia. Menores que no superaron los tres meses, seis meses, nueve meses, menores que han superado los 9 meses.
- Traslados a otros centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.
- Sanciones de separación de grupo impuestas. Subdivisión en n.º de usuarios afectados y n.º total de sanciones impuestas en el año.
- Privaciones del derecho de visitas. Subdivisión en n.º de usuarios afectados y n.º total de sanciones impuestas en el año.

14. CONCLUSIONES

Sobre el supuesto de hecho:

1.^a El supuesto de hecho que fundamenta el ingreso en estos centros se estructura en cuatro elementos: 1) situación de guarda o tutela de la Entidad Pública; 2) diagnóstico de problemas de conducta; 3) presencia de desajustes conductuales que se manifiesten en un grado que implique riesgo evidente de daños o perjuicios graves, a sí mismos o a terceros, y que no requieran tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o atención a las personas con discapacidad; 4) necesidad de protección y ausencia de medidas alternativas (principio de subsidiariedad). Los Sres. Fiscales deberán comprobar la concurrencia del supuesto de hecho en todos los ingresos.

2.^a A la hora de definir el concreto significado de la palabra «diagnóstico» empleada en la norma, los Sres. Fiscales la interpretarán como acto de recogida y análisis de los datos para la evaluación de los problemas de conducta, constituyendo la metodología aplicable, exclusivamente, la especializada de protección de menores, que reviste carácter multidisciplinar.

3.^a En la delimitación de lo que constituye riesgo grave propio o para terceros, los Sres. Fiscales tendrán siempre presente la finalidad protectora, la aplicación del principio de subsidiariedad y el carácter excepcional de la medida. A la hora de determinar la gravedad, se deben emplear parámetros tales como la entidad de los hechos, su reiteración, factores de riesgo concomitantes y subyacentes, actitud del menor y los resultados derivados de su comportamiento.

4.^a Ni la LOPJM ni la LEC precisan franjas de edad. El límite máximo para la permanencia en estos centros es el de 18 años. La legislación de algunas CCAA contempla límites mínimos para el ingreso en tales establecimientos que deberán ser observados. En las restantes, los Sres. Fiscales vigilarán especialmente los casos de ingresos de menores de edad inferior a 12 años, a fin de valorar otras alternativas posibles que puedan evitarlo.

5.^a En ningún caso los establecimientos pueden ser considerados centros para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores infractores, puesto que tienen carácter específico (art. 54.1 LORPM y Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, apartado VII.5). Los Sres. Fiscales se opondrán a los ingresos que se funden en tales motivos.

6.^a La LOPJM no permite la creación de centros de protección específicos para el ingreso de menores con problemas de conducta de carácter privado no dependientes de las Entidades Públicas. Los centros de entidades privadas colaboradoras se ajustarán a la normativa descrita en la LOPJM y la LEC y a lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley 26/2015. Los centros sanitarios, sociosanitarios o propios del sistema educativo se rigen por su legislación específica. En el caso de detectarse la existencia de centros no autorizados, sin perjuicio de las responsabilidades penales que en su caso puedan concurrir, los Sres. Fiscales comunicarán dicha situación a las correspondientes autoridades por si procediera la aplicación del derecho administrativo sancionador.

Sobre el nuevo procedimiento contradictorio:

7.^a La legitimación activa se restringe, tanto para los internamientos ordinarios como para los urgentes, a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal. La norma no permite la posibilidad de solicitudes directas de los titulares de la patria potestad, de los tutores, curadores, acogedores o guardadores de hecho. Tampoco contempla la intervención de oficio por parte del Juzgado. La autorización o aprobación judicial se recabará incluso cuando el menor consienta el internamiento. Los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier ingreso que no cumpla con estos requisitos.

8.^a La competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro, tanto para los casos de internamiento ordinario como urgente.

9.^a No siendo obligatoria la intervención de Letrado, sí lo es la información al menor de su derecho a designarlo, por lo que los Sres. Fiscales comprobarán que se ha hecho constar dicho extremo mediante la correspondiente diligencia de notificación realizada por el Juzgado. La información de derechos comprenderá, además, los contenidos reflejados en el apartado 4.4 de la presente Circular.

10.^a Los Sres. Fiscales, en sus informes –que podrán evacuarse por escrito–, comprobarán que se ha realizado la audiencia del menor y las restantes preceptivas y que se ha emitido el dictamen de personal especializado en protección de menores, valorarán el resultado de las pruebas –con expresión concreta del resultado de la audiencia del menor– y manifestarán su parecer sobre la pertinencia de la medida conforme al principio del interés superior del menor y los parámetros consignados en el art. 2 LOPJM.

Sobre el cumplimiento de los plazos en la ratificación de los internamientos urgentes:

11.^a Conforme a la doctrina del TC, el *dies a quo* para la ratificación de la medida de internamiento no puede superar el límite máximo de 72 horas a contar desde que se notifica al Juzgado, sin que se pueda descontar del plazo el tiempo que media desde que se comunica al Decanato hasta que éste reparte el asunto. Los límites temporales, tanto para la comunicación del ingreso como para la ratificación de la medida, son máximos e improrrogables, debiendo vigilar especialmente los Sres. Fiscales su observancia.

12.^a Son aplicables los mismos criterios ya expresados en la Circular 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria (apartado 7.2), para el internamiento por razón de trastorno psíquico, en caso de necesidad de promover la aprobación en días inhábiles. En el caso de que se supere el plazo y sea necesario dejar sin efecto el internamiento por tal motivo, podrá verificarse un ingreso en un centro de protección de menores ordinario

que, por sus características, no exige autorización judicial, dado que la Entidad Pública continúa estando a cargo de la tutela o guarda del menor afectado.

13.^a La inobservancia de los plazos permite acudir al procedimiento de *habeas corpus* al igual que la ausencia de control regular del internamiento (revisiones).

Sobre el régimen de recursos:

14.^a El menor afectado tiene derecho propio a impugnar la resolución. Siendo preceptivo para la interposición del recurso la intervención de Abogado y Procurador, corresponde a la autoridad judicial asegurarse de que ha recibido la información sobre este extremo en términos comprensibles a su edad y circunstancias. Los Sres. Fiscales vigilarán la observancia de este requisito.

Sobre la intervención judicial durante el período de internamiento:

15.^a La medida debe ser revisada, como mínimo, trimestralmente, conforme a lo dispuesto en el apartado sexto del art. 778 bis LEC. Los Sres. Fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de esta garantía.

Aunque la norma no recoge un límite temporal máximo de estancia, los Sres. Fiscales realizarán un especial seguimiento de aquéllas que excedan de nueve meses a fin de que se cumpla el derecho del menor a no estar internado más tiempo del estrictamente necesario ni de verse expuesto a permanencias de duración indefinida.

16.^a La LOPJM regula un recurso ante el órgano judicial contra las decisiones del Director del centro relativas a la aplicación de medidas de seguridad, limitaciones o restricciones del régimen de visitas y comunicaciones o salidas. Los Sres. Fiscales, a la hora de interponer o de informar sobre las referidas impugnaciones, comprobarán especialmente la proporcionalidad de las medidas, su adecuación a los principios recogidos en la propia regulación y su frecuencia.

17.^a El apartado 6.º del art. 778 bis LEC contempla la posibilidad de recurso ante el órgano judicial contra la decisión de traslado a otro centro específico. El traslado no exige previa resolución judicial y sólo notificación a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal. Los Sres. Fiscales comprobarán las razones de la decisión de traslado, y especialmente la proximidad geográfica del centro de destino respecto al lugar de origen del menor y del lugar (o lugares) de residencia familiares y allegados, analizando la adecuación de la decisión al interés superior del menor.

Sobre el cese de la medida:

18.^a A diferencia de la normativa anterior, el apartado 7.º del art. 778 bis LEC exige que el cese de la medida sea acordado por el órgano judicial competente (de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Fiscal), fundamentado en un informe psicológico, social y educativo. Corresponde especialmente al Ministerio Público impulsar la celeridad de estos trámites a fin de que los menores no permanezcan más tiempo que el estrictamente necesario en los centros, evitando que puedan concurrir otras motivaciones distintas que las derivadas de las necesidades de protección del menor.

Sobre las facultades del Ministerio Fiscal:

19.^a La legitimación activa del Ministerio Fiscal no exime a la Entidad Pública de Protección de Menores de su obligación de evaluar la situación y adoptar las medidas necesarias (art. 16 LOPJM). Los Sres. Fiscales actuarán de manera prudente a la hora de solicitar autorizaciones judiciales para el ingreso de menores o en las decisio-

nes de ingreso de urgencia conforme a los criterios que se especifican en el apartado 9 de la presente Circular. Esta intervención tendrá carácter excepcional y limitada a los casos de notoria pasividad o actuación manifiestamente errática en la adopción de medidas por la Entidad Pública. En el expediente de protección deberá adjuntarse el decreto que refleje las circunstancias que configuran el supuesto de hecho, fundamento de las correspondientes solicitudes y la constancia de la comunicación al Juzgado competente dentro de las 24 horas –en los casos de urgencia–.

Sobre el derecho transitorio:

20.^a En los expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2015 los Sres. Fiscales interpretarán que son aplicables las revisiones trimestrales y que el cese de la medida puede acordarse por la autoridad administrativa.

21.^o Los ingresos verificados sin autorización judicial por haber sido instados por los progenitores que conservaban la patria potestad (Circular 8/2011), no pueden ser objeto de «regularización». Si no fueron ratificados judicialmente dentro de plazo, los Sres. Fiscales deberán interesar la puesta en libertad. Lo anterior no obsta a que si concurrieran los presupuestos del art. 778 bis, pueda interesarse nuevamente la autorización. La situación de libertad no es óbice para que la Entidad Pública pueda acordar un acogimiento residencial en centro ordinario, puesto que conserva la tutela o guarda del menor afectado.

22.^o En los casos de expedientes de jurisdicción voluntaria iniciados con anterioridad a la LO 8/2015, en lo que concierne a la legislación aplicable a los recursos sobre incidencias previstos en los arts. 27.3, 34.3 y 35.2 LOPJM (medidas de seguridad, limitativas del régimen de visitas y permisos de salida, de restricción o suspensión del derecho a mantener comunicaciones o del secreto de las mismas) y traslados que se susciten tras su entrada en vigor, los Sres. Fiscales interpretarán que su tramitación debe ajustarse a la nueva normativa dado que presentan sustantividad propia.

Sobre la inspección de centros:

23.^o Siguen vigentes los criterios de inspección contenidos en el protocolo de inspecciones a centros de protección de 5 de febrero de 2009, Instrucción 3/2008, de 30 de julio, sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores (apartado III.4, punto 12) y Circular 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores y la obligación de seguimiento más estrecho por el Fiscal Delegado de la Sección de Menores.

Sobre la estadística:

24.^o En enero de cada año, los Delegados de la Sección de Menores de las Fiscalías provinciales solicitarán a las Entidades Públicas los datos que figuran en el epígrafe 13 (art. 22 quáter LOPJM). Los datos, junto con las observaciones derivadas de las visitas de inspección e información sobre las novedades en la legislación autonómica de referencia, se remitirán, como parte de la memoria anual, a la Unidad de Menores de la FGE.

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

CONSULTA 1/2016, SOBRE LA PENA IMPONIBLE EN LOS CASOS DE QUEBRANTAMIENTO DE UNA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

SUMARIO: 1. Planteamiento y objeto de la consulta.–2. Consideraciones preliminares sobre la pena de localización permanente.–3. Naturaleza jurídica de la pena de localización permanente.–4. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 5/2010.–5. La reforma del Código Penal mediante Ley Orgánica 1/2015.–6. Las modalidades del quebrantamiento de condena.–7. Control de cumplimiento de la pena de localización permanente.–8. Tratamiento jurisprudencial del quebrantamiento de la pena privativa de libertad cuando la pena quebrantada no es la de prisión.–9. Toma de posición.–10. Cláusula de vigencia.–11. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE LA CONSULTA

La Fiscalía consultante ha debatido en Junta sobre la correcta petición de pena en los delitos de quebrantamiento de condena del art. 468.1 del Código Penal (en adelante, CP), cuando la pena quebrantada es la de localización permanente.

Dicho precepto, incluido bajo la rúbrica *del quebrantamiento de condena* en el Capítulo VIII del Título XX del Libro II establece: *los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

La controversia se suscita en torno a si la pena que debe solicitar el Ministerio Fiscal ha de ser la de prisión o la de multa. La Fiscalía eleva consulta porque se ve precisada a fijar posición en estos supuestos, siendo consciente de la existencia de la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, *acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad*. Conforme a la misma, corresponde a los Fiscales acomodar sus calificaciones al último inciso del art. 468 CP (actual último inciso del art. 468.1) en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

Ello no obstante, el tiempo transcurrido desde el dictado de la citada Instrucción, el hecho de que la misma se pronunciaba sobre el arresto de fin de semana, pena desaparecida en la actualidad, el pronunciamiento del Tribunal Supremo en STS n.º 680/2001, de 24 de septiembre y los dispares pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, justifican la consulta.

Planteada en estos términos la cuestión, una parte de la Junta se muestra favorable a la solicitud de pena de multa. Fundamentan su postura en la Instrucción 3/1999, cuyo contenido consideran aplicable a los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en lugar determinado distinto de un

Centro Penitenciario; en el principio de proporcionalidad; en una interpretación teleológica, entendiéndose que la localización permanente es una pena cuyo ámbito ordinario de aplicación es el de los delitos leves y en la interpretación sistemática, dada la mayor gravedad del quebrantamiento de las penas privativas de libertad que efectivamente se ejecutan en Centro Penitenciario.

A estos argumentos añaden la interpretación gramatical, entendiéndose que la dicción literal del precepto «si estuvieran privados de libertad» alude a la situación fáctica en que se encuentra la persona y no a la genérica naturaleza de la pena; el mantenimiento del precepto en el tiempo, del que deriva la conformidad del legislador con la interpretación de la Instrucción 3/1999 y el tratarse de la interpretación más favorable al reo.

Por último, citan en apoyo de su tesis diversas resoluciones, en concreto, las SSAP Pontevedra, secc. 2.^a, n.º 79/2015, de 16 de abril; Las Palmas, secc. 1.^a, n.º 260/2014, de 31 de octubre; Ourense, secc. 2.^a, n.º 210/2012, de 11 de mayo; Madrid, secc. 30.^a, n.º 497/2012, de 13 de noviembre; León, secc. 3.^a, n.º 208/2014, de 2 de abril; Córdoba, secc. 2.^a, n.º 76/2002, de 26 de abril y Zaragoza, secc. 1.^a, n.º 256/2000, de 12 de julio.

Otra parte de la Junta, por el contrario, rechaza los argumentos anteriores, y se muestra favorable a interesar en estos casos pena de prisión. Fundamentan su postura en la naturaleza de la pena, al entender que la localización permanente constituye indudablemente una pena privativa de libertad del art. 35 CP y en la literalidad del art. 468 CP.

Citan en apoyo de su tesis la STC n.º 155/2009, de 25 de junio, que a propósito de la comparación de la gravedad de las penas de localización permanente y multa, destacó la naturaleza privativa de libertad de la primera, afirmando que desde el prisma de la libertad como valor superior, la pena de localización permanente lo afecta de modo inmediato (frente a la multa que sólo podría afectarlo de modo mediato) y la STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, citada *ut supra*.

Por último, relacionan diversas resoluciones de la denominada jurisprudencia menor favorables a su postura. En concreto, las SSAP Cáceres, secc. 2.^a, n.º 31/2014, de 21 de mayo; Zaragoza, secc. 3.^a, n.º 92/2013, de 25 de abril; Cádiz (Sección con sede en Jerez de la Frontera) n.º 441/2010, de 30 de noviembre; Valladolid, secc. 2.^a, n.º 221/2013, de 10 de junio; Huelva, secc. 1.^a n.º 38/2010, de 17 de febrero; Guipúzcoa, secc. 1.^a, n.º 66/2015, de 17 de marzo y Toledo, secc. 1.^a, n.º 42/2015, de 23 de abril.

La Junta de la Fiscalía consultante ha optado por mantener la primera de las posiciones expresadas, es decir, la solicitud de pena de multa.

No es necesario subrayar la importancia de la cuestión planteada, a la vista de los trascendentes efectos penológicos que se derivan de la adopción de una u otra interpretación. Por ello, lo que pretende la presente Consulta es ofrecer una pauta general que pueda aplicarse a todos los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Un primer acercamiento al objeto del debate aconseja abordar, sin ánimo de ser exhaustivos, el concepto y ámbito de aplicación de la localización permanente, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que permitan resolver la cuestión planteada.

Como es bien sabido, dicha pena es fruto de la reforma llevada a cabo en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que la incorpora a su art. 37, antes dedicado al arresto de fin de semana, que desapareció con esta reforma y al que viene a sustituir.

En la Exposición de Motivos se justificaba la introducción de esta pena con base en que *permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.*

La consideración de la localización permanente como pena sustitutiva de la de arresto de fin de semana fue destacada por la STS n.º 1467/2005, de 9 de diciembre, que declara que «la nueva redacción ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la nueva pena de localización permanente, que el propio recurrente considera más beneficiosa».

Se configura, siguiendo las pautas de la Circular 2/2004, de 22 de diciembre, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, como una pena privativa de libertad autónoma, leve y generalmente alternativa.

Obliga al penado a permanecer en su domicilio o lugar determinado fijado por el Juez en sentencia, lugar que deberá ser en todo caso cerrado y de características análogas al domicilio, disponiendo de unos mínimos de habitabilidad e higiene, no pudiendo, como regla general, cumplirse en un Centro Penitenciario o en un depósito municipal.

El cumplimiento discontinuo de la pena ha de encontrar como límite el necesario respeto al día, integrado sin solución de continuidad por 24 horas, no debiendo permitirse el fraccionamiento de esta unidad de mínimo cumplimiento.

El cumplimiento de la pena no podrá restringir las posibilidades del ejecutoriado de disponer libremente de su tiempo, comunicarse con otras personas o recibir visitas.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

La localización permanente es sin duda una pena privativa de libertad, pues así lo dispone el art. 35 CP, al calificar como tales *la prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.*

Para la Circular 2/2004 *pese a su equívoca nomenclatura, esta pena no puede articularse como un control continuado mediante medios tecnológicos que permita simultáneamente al penado la libertad de desplazamiento espacial.*

Esta pena impone al condenado la obligación de permanecer en un determinado lugar sin poder abandonarlo, por lo que el penado ve restringida su libertad y pierde la capacidad de situarse espacialmente donde desee.

Pese a lo expuesto, la doctrina subraya que existe una considerable diferencia entre el encierro domiciliario y la privación de libertad en un Centro Penitenciario, resaltando como singularidades de la localización permanente, que impide la corrupción o el contagio por los delinquentes habituales o profesionales, evita el sufrimiento personal y la angustia del ingreso en la cárcel y minimiza las perturbaciones laborales

y los efectos desocializadores, llegando a definirla como una «prohibición de acudir a cualquiera de los lugares que el penado frecuentaría en ese tiempo», una suerte de «prisión atenuada», «sensible y perceptiblemente más humana».

Esta diferencia lleva a la Circular 1/2014, de 5 de diciembre, *sobre acumulación de condenas* a entender –con las matizaciones que desarrolla– que con carácter general la pena de localización permanente, no sea acumulable a la de prisión, criterio por lo demás seguido en las SSTS n.º 319/2016, de 15 de abril y 321/2016, de 18 de abril.

Por otra parte, como quiera que la localización permanente no implica ingreso en prisión, no genera el inicio de la relación jurídica penitenciaria y con ello, de la relación de sujeción especial que la misma implica.

4. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LEY ORGÁNICA 5/2010

La Ley Orgánica 5/2010 potenció la pena de localización permanente, al incrementar su límite máximo de duración hasta los seis meses, ampliando su operatividad como alternativa a la prisión.

La reforma incluyó la localización permanente en el hoy derogado artículo 88 CP, como pena sustitutiva de la prisión de duración hasta seis meses.

El párrafo segundo del apartado 1.º del art. 37 estableció que *no obstante, en los casos en los que la localización permanente esté prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el concreto precepto aplicable, el Juez podrá acordar en sentencia que la pena de localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado*.

La reforma no dotó a la pena de localización de ningún efecto rehabilitador y la posibilidad de cumplimiento en un Centro Penitenciario quedaba reducida, en la práctica, a aquellos supuestos en los que el concreto precepto aplicable lo dispusiera, lo que únicamente ocurría en el derogado art. 623.1 CP, que castigaba la falta de hurto en casos de perpetración reiterada.

Por último, cabía la imposición de la pena de localización permanente por la vía del art. 53.1 CP, mediante el régimen de conversión de dos cuotas insatisfechas de la pena de multa impuesta por una falta por un día de localización permanente, en cuyo caso *no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código*.

5. LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL MEDIANTE LEY ORGÁNICA 1/2015

El proceso expansivo de la pena de localización permanente ha sufrido una clara contracción en la reforma operada por LO 1/2015, de 30 de marzo.

La nueva regulación suprime la sustitución ordinaria como forma de ejecución de las penas privativas de libertad, al derogar el art. 88 CP, lo que ha supuesto recortar notablemente la aplicabilidad de la localización permanente, pena que a diferencia de la de trabajos en beneficio de la comunidad, no se ha integrado en el marco de la suspensión diseñado por la reforma.

Tras la reforma, la aplicación de esta pena queda limitada a determinados delitos leves, como modalidad de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la

multa impuesta por delito leve (art. 53.1 CP) y como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP).

En consonancia con lo anterior, el art. 33.4.h) CP considera como pena leve la pena de localización permanente de un día a tres meses.

La opción de cumplimiento en Centro Penitenciario desaparece con la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas», trataba en cuatro títulos separados las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público. Con ello ha quedado derogado el art. 623.1 CP (falta reiterada de hurto). Sin embargo, permanece en el art. 37 CP la previsión de la posibilidad de cumplimiento en centro penitenciario.

La pena de localización permanente, como sanción originaria queda reducida, como alternativa a los trabajos en beneficio de la comunidad en los nuevos subtipos de amenazas leves del art. 171.7 CP, coacciones leves del art. 172.3 e injurias o vejaciones de carácter leve del artículo 173.4 CP. En los tres supuestos *cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del art. 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del art. 84.*

6. LAS MODALIDADES DEL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA

El art. 468.1 CP establece que *los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.*

La claridad del mensaje legal se enturbia cuando se trata de calificar supuestos intermedios en los que el autor del hecho, pese a estar sometido a la ejecución de una pena privativa de libertad, no se halla internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta.

La Instrucción 3/1999 se plantea cuál haya de ser el tratamiento típico adecuado a aquellas conductas consistentes en el quebrantamiento de una condena a pena privativa de libertad que por razón de algunas de las modalidades de cumplimiento, se lleva a cabo en régimen extracarcelario. En concreto alude a tres supuestos: al penado que no se incorpora al establecimiento penitenciario después de disfrutar un permiso de fin de semana, al que es sometido a una pena de arresto domiciliario y, en general, a todos aquellos otros casos en los que la ejecución de la pena privativa de libertad, en el momento del quebranto, no implica la efectiva situación de privación de libertad.

La solución al interrogante planteado, añade, *se halla íntimamente ligada al criterio que se suscriba en relación con el fundamento de la agravación. El tenor literal del art. 468 parece sugerir el rechazo de un entendimiento puramente nominalista, con arreglo al cual el quebrantamiento de toda pena privativa de libertad, por sí sola, por el hecho de serlo, haría surgir la modalidad agravada. No parece ser ésta la idea rectora que inspira el tratamiento de algunas de las penas de aquella naturaleza (...).*

Y en el momento de decantarse por las posibles soluciones, considera más consistente *la idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquélla exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En*

no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad. Es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia.

Por todo ello la Instrucción 3/1999 exhortaba a los Fiscales a acomodar sus calificaciones al tipo atenuado en todos aquellos casos en que, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no lleve consigo una efectiva situación de privación de libertad.

7. CONTROL DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DE LOCALIZACIÓN PERMANENTE

Consideraba la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003 que la pena de localización permanente «es una importante novedad (...) que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología».

Ello no obstante, como ya pusiera de manifiesto la Circular 2/2004, esta aseveración no tiene, sin embargo, ningún reflejo en el articulado. El art. 48.4 del Código Penal sí que contiene una previsión relativa a la posible utilización de medios de control electrónico para la ejecución de las medidas de alejamiento, pero además de su parco contenido, refiriéndose este precepto a la ejecución de penas privativas de derechos, no cabría su aplicación analógica, en principio, a una pena privativa de libertad.

Por ello, continuaba la Circular 2/2014, *podrá utilizarse el tradicional medio de control por medio de la personación sin aviso previo en los días determinados para el cumplimiento, en el domicilio designado, de miembros de la policía judicial, comprobando si el penado se encuentra en el mismo.*

Esta previsión era conectada por la Circular con el art. 508 LECrim, regulador de la medida cautelar de prisión atenuada, en redacción dada por la disposición final 1.1 g) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre que prevé genéricamente que se acordará «con la vigilancia que resulte necesaria», por lo que puede el Juez oficiar a la Policía Judicial bien para que establezca una vigilancia permanente, bien para que efectúen rondas periódicas con la frecuencia que impongan o aconsejen las concretas circunstancias concurrentes o para adoptar otras prevenciones. Por lo que *esta misma posibilidad ha de reconocerse pues al órgano jurisdiccional que ejecuta la medida de localización permanente.*

Por tanto, pese a que la reforma operada por LO 15/2003 pretendiera hacer del Juez de Vigilancia Penitenciaria un Juez de ejecución de penas, corresponde al Juez o Tribunal sentenciador el control de la localización permanente, siendo patente la falta de vinculación del penado a la Administración penitenciaria. Ni el Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, ni su sustituto, el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, ambos dedicados a regular las circunstancias de ejecución de la localización permanente, han modificado esta conclusión.

Tras la LO 5/2010, de 22 de junio, el apartado cuarto del art. 37, prevé que *para garantizar el cumplimiento efectivo, el Juez o Tribunal podrá acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo.*

La reforma da cobertura legal a la utilización de tales dispositivos y atribuye al Juez o Tribunal la posibilidad de acordar en tal sentido, subrayando el control de la ejecución de la pena al que antes se aludía.

8. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD CUANDO LA PENA QUEBRANTADA NO ES LA DE PRISIÓN

Existe un precedente favorable a considerar el quebrantamiento del arresto sustitutorio ejecutado en el domicilio como modalidad agravada. La STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, estudia un supuesto en el que el recurrente esgrime que «los hechos enjuiciados no constituyen más que el delito contemplado en el segundo inciso del art. 468 CP puesto que su condena no era ni medida de seguridad, ni prisión, ni medida cautelar, ni conducción ni custodia, por lo que se le ha de aplicar una pena de multa al tratarse de un quebranto de condena de los demás casos». Entiende la resolución que *el recurrente fue condenado en juicio de faltas al pago de una multa, cuyo incumplimiento, no debe llevar aparejada la sanción «multa de doce a veinticuatro meses», por la sencilla razón de que el incumplimiento de la pena de multa tiene un tratamiento específico en el CP cuál es el sometimiento del obligado «a una responsabilidad personal subsidiaria». Y, por ello, en el presente caso, entiende el Tribunal, la autoridad judicial –ante el impago de la multa– impuso al condenado un arresto de tres días, lo que, sin duda, constituye una pena privativa de libertad, que es la que el recurrente ha incumplido; de ahí que la pena que debe imponerse al mismo por este hecho no puede ser otra que la de «prisión de seis meses a un año».*

Como se anticipó *supra*, la denominada jurisprudencia menor se encuentra dividida entre resoluciones que aplican a estos supuestos la pena de multa y aquellas otras que imponen penas de prisión. Ello pone de relieve –en una materia en la que el Ministerio Público es prácticamente siempre la única parte acusadora– una ruptura del principio de unidad de actuación de la Fiscalía que necesariamente ha de ser reconducida.

Es preciso examinar los argumentos esgrimidos.

La SAP Cáceres, secc. 2.ª, n.º 231/2014, de 21 de mayo desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que condenó al recurrente como autor de un delito de quebrantamiento de condena a la pena de siete meses de prisión. La Audiencia considera que la localización permanente es una pena privativa de libertad, declarando que «el art. 35, así lo proclama con rotundidad, y las normas que la regulan, se encuentran dentro de la sección 2.ª del capítulo I del título III del Libro I del Código Penal, que lleva la rúbrica «de las penas privativas de libertad», por lo que con independencia de donde se cumpla, el penado se encuentra «privado de libertad», lo que determina que se le haya de aplicar el subtipo agravado del art. 468.1 del Código Penal», añadiendo que, «la restricción de libertad es completa, el condenado no puede abandonar su domicilio o lugar donde se verifique el cumplimiento, y si lo hace habrá quebrantado la pena, sin necesidad de que existan otros medios o barreras de contención».

Similares argumentos invocan otras resoluciones que se muestran favorables a la imposición de la pena de prisión.

La SAP Las Palmas secc. 1.ª n.º 260/2014, de 31 de octubre asume la tesis contraria, en base a los siguientes argumentos: 1) la descripción típica no fija la pena en función de la naturaleza de la pena quebrantada, sino que yendo más allá exige para imponer pena de prisión que el sujeto estuviera privado de libertad, siendo así que la localización permanente no priva de libertad al afectado sino que la restringe, de tal forma que a diferencia de la pena de prisión en la cual el sujeto no solo carece de libertad sino que tiene reglamentada su vida acomodada a las exigencias del régimen penitenciario, en la pena de localización permanente se le exige estar durante determinado periodo de tiempo en un lugar concreto, generalmente su domicilio, si bien dentro del mismo puede actuar con absoluta libertad, a lo que debe añadirse que la represión ínsita en esta pena no viene por la custodia que desarrollan unos funcionarios públicos, sino de la posibilidad de incurrir justamente en un delito si no cumple con la pena. 2) Razones de proporcionalidad imponen no equiparar el quebrantamiento de una pena de prisión con el régimen de custodia esencialmente unida a ella, que determina por tanto una objetiva situación de riesgo para el personal funcional que la desarrolla, con el quebrantamiento de una pena que no lleva nunca tal riesgo al depender única y exclusivamente de la voluntad del propio penado.

Parece en todo caso claro que el penado no está «privado de libertad» cuando disfruta de un permiso y no se reintegra al centro penitenciario (SSAP Madrid secc. 6.ª n.º 339/2002, de 13 de junio y secc. 15.ª n.º 442/2002, de 5 de septiembre).

Como con acierto señala la SAP Madrid secc. 15.ª n.º 442/2002, de 5 de septiembre el Legislador considera que «supone una mayor resolución y energía criminal el escapar cuando se está privado de libertad que el no reintegrarse a un centro penitenciario o dejar de cumplir una condena que no comprende la privación de libertad» lo que «parece razonable que, ante conductas que conllevan un riesgo de enfrentamiento personal con las personas encargadas de la custodia del preso o penado, el legislador incremente la cuantía punitiva».

Desarrolla este hilo argumental la SAP Madrid secc. 30.ª n.º 497/2012, de 13 de noviembre que declara que «estas mismas razones de política criminal serían aplicables a una pena de localización permanente en el que no hay mecanismo de control de la custodia, sino únicamente del cumplimiento de la pena mediante visitas periódicas que no pueden evitar que el penado eluda voluntariamente el cumplimiento de la pena».

9. TOMA DE POSICIÓN

Llegados a este punto para resolver la cuestión debatida es determinante resolver en torno a la vigencia de la Instrucción 3/1999.

Pues bien, ha de entenderse que de las sucesivas transformaciones que ha sufrido el Código Penal, eliminada del mismo la pena de arresto de fin de semana y sustituida por la pena de localización permanente, permanecen incólumes las razones contenidas en la referida Instrucción.

El carácter aislado de la STS n.º 1680/2001, de 24 de septiembre, cuyo contenido ha sido expuesto *supra*, lo parco de la argumentación empleada y el hecho de que no entra a analizar la sólida argumentación esgrimida por la Instrucción 3/1999 desaconseja seguir su criterio.

Se mantienen las razones que llevaron a declarar que no todo quebrantamiento de penas privativas de libertad debe hacer surgir la modalidad agravada.

No se aprecian en la regulación de la localización permanente rasgos que difieran de la *idea de que el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquélla exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad*, de la consideración de *que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuridicidad*.

En suma, sigue siendo lógico *entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenúe su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia* (Instrucción 3/1999).

La solución apuntada es, por lo demás, más respetuosa con el principio de proporcionalidad.

En este sentido, un relevante sector doctrinal ha considerado que la pena de prisión de seis meses a un año prevista en el inciso primero del art. 468.1 CP sería una reacción jurídica desmesurada, absurda y desproporcionada para el quebrantamiento de la pena de localización permanente.

Por ello se ha defendido, desde la atalaya del principio de proporcionalidad, castigar con pena de multa los supuestos en los que quien quebranta lo hace no acudiendo a su domicilio cuando tenía que comenzar el cumplimiento, pues en tal caso, claramente, el ejecutoriado incumple cuando no se encuentra *de facto* privado de libertad. Compartiendo esta afirmación, y atendida la naturaleza y características de ejecución de la pena de localización permanente, no se justifica un tratamiento distinto al penado que no ha iniciado el cumplimiento de la pena de aquél que, habiendo acudido al domicilio o lugar de cumplimiento se ausenta del mismo una vez iniciado el cumplimiento.

Por lo demás, la propia redacción del tipo en su modalidad agravada no se refiere a los penados que estuvieran cumpliendo pena privativa de libertad sino de los que estuvieren «privados de libertad».

Abordando otros problemas colaterales que el quebrantamiento de la localización permanente plantea, es necesario analizar qué tratamiento dar a los supuestos en los que su ejecución deriva de una sustitución conforme al art. 71.2 CP o de una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria conforme al art. 53 CP.

Así, cuando la pena de localización permanente se impusiera como sustitutiva de la prisión inferior a tres meses (art. 71.2 CP), el quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del art. 468 CP, no siendo procedente el retorno a la pena original, pues la prisión inferior a tres meses se sustituye «en todo caso». En estos supuestos la pena de prisión queda definitiva e irreversiblemente sustituida por la pena de localización permanente. El art. 88.2 CP disponía que «en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará (...)», previsión que daba argumentos a la tesis favorable al retorno. Sin embargo, la desaparición de esta regla tras la reforma operada por LO 1/2015 deja desprovista de asideros a tal interpretación.

La localización permanente puede ser también una forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (art. 53 CP). En este punto ha de recordarse la Circular 2/2004 que establecía que «en los supuestos en los que la responsabilidad

personal subsidiaria resultante fuese inferior a tres meses y no se hubiera impuesto conjuntamente una pena de prisión superior a tres meses, salvo que se opte por la suspensión de la ejecución, habrá de ofrecerse al reo imperativamente la posibilidad de cumplimiento mediante trabajos en beneficio de la comunidad».

Pues bien, si descartada la suspensión y los trabajos en beneficio de la comunidad finalmente se opta por la privación de libertad a cumplir mediante localización permanente, el incumplimiento generará igualmente como efecto la incoación de nueva causa por delito de quebrantamiento en su modalidad atenuada.

Debe recordarse, para todos los supuestos de quebrantamiento de la localización permanente, la vigencia de dos pronunciamientos de la Circular 2/2004: 1) «Los Sres. Fiscales mantendrán el criterio de interesar, además de la correspondiente deducción de testimonio, la práctica de nueva liquidación de condena y la reanudación de la ejecución de la pena de localización permanente quebrantada». 2) «El testimonio por quebrantamiento podrá expedirse ante cualquier incumplimiento del deber de permanencia, no siendo necesario que las ausencias se detecten en más de un día. Ello no obstante, para evaluar globalmente la entidad de los incumplimientos y si concurren o no indicios de quebrantamiento será conveniente analizar conjuntamente el informe de la Policía en el que se especifique el total de los incumplimientos detectados».

10. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Consulta no afecta la vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado. Debe considerarse vigente la Instrucción 3/1999.

11. CONCLUSIONES

Los Sres. Fiscales acomodarán sus calificaciones al último inciso del art. 468.1 del Código Penal en los supuestos de quebrantamiento de la pena de localización permanente cuando se cumple en el domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez distinto de un Centro Penitenciario, puesto que en estos supuestos, aun tratándose de una pena privativa de libertad, el régimen de cumplimiento no supone una efectiva situación de privación de libertad.

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