

# LA INSTRUCCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE MENORES POR EL MINISTERIO FISCAL.

ISABEL FERNANDEZ OLMO

Fiscal-Delegada de Menores de la Audiencia de  
Málaga

Julio 2007

## INDICE

Pág.

Fases Procedimentales . . . . .	3
Antecedentes. . . . .	3
Concepto de instrucción. . . . .	5
El principio de la unidad del expediente y la competencia. . . . .	8
Diligencias Preliminares. Fase previa a la instrucción. . . . .	9
Cuestiones de competencia. . . . .	10
Desistimiento del art. 18. . . . .	11
Instrucción del procedimiento. Incoación del expediente. . . . .	12
Celeridad de la instrucción. . . . .	15
Diligencias de instrucción. . . . .	15
Determinación de la edad. . . . .	15
Determinación de la edad de menores extranjeros no detenidos. . . . .	18
Identificación del menor. . . . .	19
Ruedas de reconocimiento. . . . .	21
Prueba preconstituída. . . . .	23
Diligencias propuestas por el Letrado del menor y diligencias restrictivas de derechos fundamentales . . . . .	24
Medidas cautelares. . . . .	26
La detención de un menor . . . . .	27
Notificación de la detención al Ministerio Fiscal. . . . .	27
Declaración del menor en dependencias policiales. . . . .	29
Representación del menor por la entidad pública. . . . .	31
Traslado y custodia de menores. . . . .	32
Duración de la detención. . . . .	34
Hábeas Corpus. . . . .	35
Derechos del menor detenido. . . . .	37
Medidas cautelares. . . . .	38
Principios que rigen su adopción.. . . .	38
La medida cautelar de internamiento. Procedimiento. Duración	
Lugar de ejecución. . . . .	40
La medida de internamiento terapéutico. . . . .	45
El internamiento de menores extranjeros no detenidos . . . . .	46
La medida cautelar de libertad vigilada, alejamiento o convivencia.	
Procedimiento. Duración. . . . .	49
Informe del Equipo Técnico. . . . .	50
Conclusión del expediente. . . . .	52
Recursos en la fase de instrucción. . . . .	56
Recursos contra los Decretos del Ministerio Fiscal. . . . .	57
Los Médicos Forenses en las Secciones de Menores. . . . .	60
Pagos, Depósitos y Consignaciones judiciales. . . . .	61

## **FASES PROCEDIMENTALES.**

A diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción de adultos en la que atendiendo a la naturaleza, gravedad, pena a imponer, ... podemos distinguir distintos procedimientos: sumario ordinario, procedimiento abreviado, juicios rápidos, procedimiento por jurado, juicio de faltas, ... en la jurisdicción de menores el procedimiento es único e igual cualquiera que sea el delito cometido, y se trata del procedimiento establecido y regulado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y conforme a su Disposición Final Primera, relativa a Derecho supletorio, tienen el carácter de normas supletorias, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

Sin embargo al igual que ocurre en los distintos procedimientos de la jurisdicción de adultos (procedimiento abreviado, procedimiento con jurado, ...), dentro de la Ley del Menor, es posible distinguir, aunque quizás no con tanta nitidez como en aquéllos, tres fases procedimentales fundamentales:

Fase de instrucción

Fase de audiencia

Fase de enjuiciamiento (fase plenaria), que finaliza con la ejecución.

Así también, y a diferencia de la jurisdicción de adultos, en la que tanto la fase de instrucción como la fase de audiencia recae sobre el mismo órgano jurisdiccional instructor, en la jurisdicción de menores sólo la fase de instrucción recae sobre el Ministerio Fiscal, mientras que la fase de audiencia y juicio oral recaen sobre el Juez de Menores.

## **ANTECEDENTES.**

Si nos fijamos en los últimos 50 años en España y en materia de menores, han existido tres Leyes distintas entre sí, que en nada se parecen ni en su denominación ni en su contenido, acogiendo cada una de ellas un sistema distinto para exigir responsabilidad por las infracciones cometidas por los menores de edad. Comenzando con el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto de 11 junio de 1948, que se caracterizaba por destacar un criterio paternalista y moralizante en su normativa, y conforme a ella eran los Tribunales Tutelares de Menores los competentes para el enjuiciamiento de las infracciones cometidas por menores de dieciséis años, aunque no determinaba un límite mínimo de intervención por razón de la edad. De tal manera que asumían una competencia no sólo reformadora sino también una competencia en materia de protección y de carácter preventivo y educativo. Su procedimiento se caracterizaba por la inexistencia de garantías procesales, al no quedar los referidos Tribunales sometidos a las disposiciones procesales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De tal forma que su normativa no contemplaba la asistencia del Ministerio Fiscal ni tan siquiera del abogado defensor en las fases

del procedimiento, basada según la propia ley en las funciones tuitivas y de protección que asumía el Juez.

Pero una vez establecida la democracia en España, y con la promulgación de la Constitución de 1978, se consideró como uno de los intereses primordiales a conseguir fuera la adecuación del ordenamiento jurídico de menores a las exigencias propias de un Estado social y democrático.

Pero no fue hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, cuando se produjeron las primeras modificaciones importantes en esta materia, siendo la primera de ellas la sustitución de los Tribunales Tutelares de Menores por los Juzgados de Menores, y ahora sí, integrados por jueces pertenecientes a la carrera judicial (ya que en los Tribunales Tutelares los jueces no estaban integrados dentro de la jurisdicción ordinaria). Y fue la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de febrero la que declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares (que prescindía de normas y garantías procesales previstas en la jurisdicción de adultos).

Como consecuencia de esta sentencia 36/1991, surge la LO 4/92 de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que aparece con un carácter temporal y transitorio, como una reforma parcial para adecuar el procedimiento de menores a las normas constitucionales. Además ahora con esta nueva ley se establece que los Juzgados de Menores serán los competentes para conocer de los hechos delictivos cometidos por mayores de doce años y menores de dieciséis años; estableciéndose de esta manera un límite mínimo de edad en los jóvenes delincuentes. Además de crear a los Equipos Técnicos, constituyéndose como una de las diligencias instructoras básicas practicadas por el Ministerio Fiscal, la elaboración de los informes por parte de los Equipos técnicos.

Es por tanto con la Ley del Menor, que se inicia con la Ley Orgánica 4/92 de 5 de junio, que lo hizo a modo de ensayo, y en la actualidad con la LO 5/2000, de 12 de enero, Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, donde se unifican la instrucción y la acusación en el Ministerio Fiscal. Ya que tradicionalmente en nuestro sistema procesal la instrucción se ha venido atribuyendo a los Jueces (Jueces de Instrucción), si bien bajo la supervisión activa del Ministerio Fiscal, así el art. 306 LECrim. establece que “Los Jueces de Instrucción formarán sumarios de los delitos públicos, bajo la inspección directa del Fiscal...”

Estando entre los fines de la LO 4/92 de 5 de junio, preservar la imparcialidad del Juzgador, atribuyendo de esta manera al Fiscal la fase de instrucción del expediente, dirección de la investigación e iniciativa procesal, que no obstante fue objeto de duras críticas, al no haber sido debatido ni política, ni científicamente y carecer a todas luces de medios para su aplicación, de ahí que la Instrucción 1/93, daba pautas a seguir por el Fiscal que simplificaban la instrucción.

Pero es con la LO 5/2000, donde se entra de lleno y profundiza en el Ministerio Fiscal Instructor, y así la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 de 18 de Diciembre, señala que con la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción, se trata de preservar la imparcialidad judicial. Si bien ello, no es del todo cierto, ya que son numerosas las intromisiones que el Juez de Menores, como órgano enjuiciador, entra dentro de la fase de instrucción, así como por ejemplo en la adopción de medidas cautelares, en la declaración de secreto del expediente, limitación de derechos fundamentales,...

De ahí que la LO 5/2000, avanzando en la dirección de la LO 4/1992, apuesta decididamente por el Fiscal instructor, utilizando por vez primera el término "instrucción" para designar esta función al Fiscal, ya que la LO 4/92 no utilizaba este término, y regulando con mucho más detalle esta fase del procedimiento, hasta el punto de dedicar un título completo, el Título III, bajo la rúbrica "De la instrucción del procedimiento", art. 16 a 30 LORPM. El legislador regula toda la instrucción del expediente en tres apartados:

Capítulo I: Reglas generales.

Capítulo II: Medidas cautelares, si bien la detención se regula en el art. 17, perteneciente al primer capítulo.

Capítulo III: Conclusión de la instrucción.

### **Concepto de instrucción.**

Conforme al art. 299 LECrim: "Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Esto es, el sumario es el cauce en el que se documenta y canaliza, toda la actividad procesal de la primera parte del proceso,

La instrucción, por tanto, constituye la actividad jurídica mediante la cual se posibilita la preparación del juicio, o en su caso, su no celebración por estimarse que no se dan las condiciones para ello. Sus fines serían:

Averiguar las circunstancias del hecho delictivo.

Averiguar todo lo relativo a las personal penalmente responsables y sus circunstancias.

Adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar la sujeción de los imputados en el procedimiento.

Adoptar las medidas cautelares necesarias para asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias. Si bien en menores, en la medida en que se desgaja de la pieza principal la responsabilidad civil, que se tramita dentro del proceso pero de forma separada, art. 64 LORPM, no será objeto de la fase de

instrucción la adopción de medidas cautelares tendentes a asegurar la responsabilidad civil.

La instrucción, tiene un particular valor como “garantía procesal constitucionalizada en el art. 24, 1 de la Constitución, pues, la tutela judicial efectiva requiere que exista una fase preparatoria, respetuosa de los derechos fundamentales, que evite la “pena del banquillo”, y que en su caso, permita la apertura de la fase plenaria, con todas garantías.

De ahí que la función instructora ha de atribuirse, únicamente, a un órgano de formación jurídica, capaz de desarrollarla con la independencia suficiente, y es algo distinto a la investigación (prácticamente en todos los países, la investigación criminal es asumida por la Policía), actividad previa, cuyo resultado a de ponerse a disposición del Juez o Fiscal competente.

En cuanto a la naturaleza de la instrucción, la doctrina ha distinguido entre actos procesales con evidente naturaleza jurisdiccional (auto de procesamiento, actos de imputación, admisión a trámite de la querrela, medidas de investigación que afectan a derechos fundamentales, medidas cautelares) y actuaciones de investigación de un hecho, que no suponen afección de derechos (indagación de los hechos y su reconstrucción, ...)

Son muchas las referencias que la LO 5/2000, realiza a la función instructora del Ministerio Fiscal: art. 6, art. 16, art. 23.

Establece el art. 6: De la intervención del Ministerio Fiscal. Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

El art. 16, 1 señala: Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley. Y el art. 16, 2 señala que el Ministerio Fiscal “practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión”.

Y el art. 23: Actuación instructora del Ministerio Fiscal. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor, y sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, hace un referencia importante sobre la instrucción del proceso penal del menor. La primera la necesidad de simplificar y agilizarla, debiendo circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la Policía Judicial en el atestado o el propio Fiscal en la fase preliminar. Y la segunda, que será la fase de audiencia (la vista), con mayor importancia que en el procedimiento de adultos, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción, ya que en este procedimiento no es de aplicación estricta el principio de proporcionalidad infracción-sanción, por lo que la concreta determinación por ejemplo de los días de curación de la víctima, no es imprescindible para deducir la propuesta final del Fiscal.

Con todo, el deseo de una duración, lo más breve posible del proceso, no siempre es conseguible. La dificultad de localizar testigos, la complejidad u obstáculos para confeccionar un informe o pericia, y las propias insuficiencias de plantillas, suelen hacer muy complicado el conseguir este tipo de procesos, objetivo, que por otra parte, es difícilmente compatible con el sosiego y buen hacer, que es exigible a toda actividad judicial.

Sin embargo esta posición del Ministerio Fiscal durante la instrucción, no está claramente definida, ya que no sólo investiga, sino que participa en competencias que pudiéramos considerar, siguiendo la distinción antes expuesta, de actos de instrucción de naturaleza jurisdiccional, ya que puede o no admitir a trámite una denuncia, no incoar el expediente en virtud del art. 18 o en su caso incoarlo. Y como se ha señalado anteriormente el Juez de Menores interviene durante la instrucción en determinados supuestos.

Conviene matizar, como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado, la relación del Ministerio Fiscal, con relación al Juez de Menores, no es JERARQUICA.

Algunos importantes problemas se plantean con la LO 5/2000, y no resueltos, como es el control de las resoluciones del Ministerio Fiscal durante la instrucción, ya que conforme a la Circular de la Fiscalía General del Estado las resoluciones del Ministerio Fiscal son irrecurribles, así como tampoco aborda el tema de la forma que ha de revestir las resoluciones que adopta el Ministerio Fiscal, que conforme a la mencionada Circular se denominan DECRETOS.

## **EL PRINCIPIO DE LA UNIDAD DEL EXPEDIENTE Y LA COMPETENCIA.**

Conforme al art. 96 LOPJ 6/1985 de 1 de julio, establece que en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores.

Por tanto, en principio la demarcación es la provincia. El propio art. 96 establece una excepción “cuando el volumen de trabajo lo aconseje” en cuyo caso podrán establecerse Juzgado de Menores “cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o a agrupaciones de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma”.

El art. 2,2 LORPM dispone que la competencia corresponde al Juez de Menores donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 20, 3 de esta Ley. El Juzgado de Menores tendrá competencia sobre los hechos delictivos cometidos por menores en la provincia en que radique. Será competente para la instrucción, por tanto, la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Provincial o Tribunal Superior de Justicia de la provincia en que hayan ocurrido los hechos. La competencia para la instrucción se determina automáticamente a partir del dato de la competencia para el enjuiciamiento.

Si se cometen varios hechos delictivos, y éstos son conexos, habrán de acumularse en un único procedimiento. Si todos los hechos se han cometido en una misma provincia, las reglas de competencia no se alteran, pero si se han cometido en distintas provincias, la LORPM establece un fuero preferente: la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento se hará teniendo en cuenta el domicilio del menor, y subsidiariamente, los criterios del art. 18 LECrim.

Las reglas de conexidad deben interpretarse de modo flexible, propiciando siempre que sea posible la tramitación conjunta en una misma causa de todos los hechos que se imputen al menor, con el fin de evitar perturbaciones y posibles actuaciones contradictorias entre Juzgados distintos.

Estas normas de competencia, sufren dos importantes excepciones:

- Debe tenerse en cuenta el párrafo 4º del art. 2 añadido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que otorga al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional, la competencia en materia de terrorismo (art. 571 a 580 del Código Penal).

- También quedan excepcionadas las reglas generales de la competencia en cuanto a la regulación del “habeas corpus”, al atribuir el art. 17, 6 LORPM su conocimiento al Juzgado de Instrucción.

**La acumulación.** Cabe preguntarse hasta qué momento procesal será posible acumular hechos.. Parece claro que lo más conveniente al interés del

menor es que, en la medida de lo posible, en el mismo procedimiento se acumulen los distintos hechos que le sean imputados con el fin de dar una respuesta conjunta y proporcionada. La fragmentación y multiplicación de procedimientos es sin duda indeseable. Estos principios se deben en cambio compatibilizar con la necesidad de racionalizar la tramitación de los procedimientos, por lo que debe llegar un momento procesal a partir del cual debe cesar la posibilidad de acumular. Por lo que la posibilidad de acumular durante la instrucción es armónica y coherente y podría seguirse como criterio orientativo. Finalizada la instrucción, ya no debe retrotraerse el procedimiento, pues se generarían retrasos y posibles indefensiones en cuanto a la necesidad de concretar la imputación. En todo caso, para unificar la respuesta educativo-sancionadora siempre podrá, en fase de ejecución, promoverse un incidente de acumulación por analogía con lo dispuesto en los art. 17 t 988 LECrim.

## **DILIGENCIAS PRELIMINARES.**

### **Fase previa a la instrucción.**

Desde el mismo momento en que el Ministerio Fiscal recibe la noticia criminis (bien por atestado policial, por deducción de testimonio de los Juzgados de Instrucción respecto de asuntos en los que también haya intervenidos mayores y menores, por denuncia del particular,...) necesita pronunciarse sobre la misma, para ello incoará Diligencias Preliminares, que requiere de los siguientes presupuestos:

Que los hechos denunciados resulten verosímiles

Que los mismos tengan relevancia penal

Que incriminen a una o varias personas menores de edad (entre 14 a 18 años).

Respecto de esta fase previa, que no está expresamente prevista en la LORPM, existe general acuerdo en denominarla Diligencias Preliminares.

Se trata de un momento muy importante, ya que se van a adoptar una serie de decisiones que van a afectar directamente al menor, y que solamente se justifican en tanto existan dudas sobre la concurrencia de los elementos necesarios para incoar el expediente. Así:

Archivo por ser el autor menor de 14 años. En estos casos el Ministerio Fiscal pierde la competencia para poder actuar, y por lo tanto no es de aplicación la LO 5/2000. En estos casos se archivan las Diligencias y se remiten al SAN (Servicio de Atención al Niño), para que adopten las medidas oportunas, art 3 LORPM. En estos casos los perjudicados tendrán que recurrir a los Tribunales ordinarios.

Archivo por prescripción. Regulados en el art. 10 LORPM, es muy de tener en cuenta, dado los plazos más breves que los establecidos en el Código Penal,

para la prescripción de los delitos y las penas, especialmente las faltas, que prescriben a los tres meses.

Archivo por concurrir una excusa absolutoria. Es evidente, que en la LORPM, es de aplicación la excusa absolutoria establecida en el art. 268 Cpenal, y en los demás supuestos previstos.

Archivo por no constituir infracción penal. Conforme al art. 16 LORPM último inciso, se procederá al archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. Esta resolución deberá notificarse a quien la haya formulado. Además conforme al art. 269 LECrim, también procederá el archivo cuando los hechos resulten manifiestamente falsos.

Esta resolución de archivo, deberá adoptar la forma de DECRETO. Esta resolución es firme, y no puede ser revisada por el superior jerárquico del Fiscal o mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, ya que no viola derecho fundamental alguno, al no tener el perjudicado, derecho a la acción penal en este procedimiento.

En cuanto a su valor de cosa juzgada, la Circular de la Fiscalía General del Estado, establece que “no constituyen decisiones jurisdiccionales, por lo que no implica un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura”.

Archivo por no corresponder su conocimiento a la jurisdicción de menores. Conforme al art. 21 LORPM “Cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a la competencia de los Juzgados de Menores, el Fiscal acordará la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente”.

**Cuestiones de competencia.** Debe destacarse que el Ministerio Fiscal no podrá plantear cuestiones de competencia a otros órgano jurisdiccionales. Lo que sí cabe es que interponga los recursos en cada caso procedentes frente a las resoluciones de otros jueces (normalmente Juzgados de Instrucción) que no acepten la remisión de las actuaciones que conforme al art. 21 realice el Fiscal. Si el Juzgado al que se remitan las actuaciones no acepta su competencia y los recursos interpuestos por el Ministerio Fiscal no son estimados, podrá en su caso plantearse el conflicto por el Juez de Menores en base a lo dispuesto en el art. 33 d) LORPM.

Entre Fiscalías tampoco podrán plantearse cuestiones de competencia: si el Fiscal que recibe el atestado o denuncia entiende que no es territorialmente competente, habrá de enviar las actuaciones a la Sección de Menores de la Fiscalía que estime competente, y si a la primera comunicación no hay acuerdo, habrá de resolver el superior jerárquico común (Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia común, y en su defecto, Fiscalía General del Estado).

## **DESISTIMIENTO DEL ART. 18 LORPM.**

Este precepto es la máxima expresión del principio de oportunidad, ya que se faculta al Ministerio Fiscal a no ejercer la acción penal existiendo un hecho que reviste caracteres de delito y un autor conocido, exigiendo la concurrencia de unos presupuestos (referidos al ámbito objetivo) y unos requisitos (cumplimiento de ciertas condiciones).

Los textos internacionales aconsejan para resolver los conflictos derivados de la comisión por un menor de una infracción penal, que se evite recurrir a los procedimientos judiciales siempre que sea posible (art. 40, 3 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño, regla 11, 1 y 2 de las Reglas de Beijing, resolución 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, ...), y se ha hablado del art. 18 como una muestra de desjudicialización.

Por tanto el art. 18 introduce el principio de oportunidad y representa la discrecionalidad frente a la legalidad pero una discrecionalidad reglada.

El fundamento del principio de oportunidad no es sólo el interés del menor, aunque a veces son complementarios, sino más bien la “satisfacción del interés social”.

Requisitos del desistimiento son:

“Que los hechos constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas”. Con respecto de las faltas, habrá que estar a lo establecido al Código Penal y a las Leyes especiales, y por tanto dada la redacción de este artículo pueden ser objeto de desistimiento todas las faltas, aunque en las mismas concorra violencia o intimidación, como por ejemplo ocurre en las faltas de lesiones. Con respecto a los delitos, establece el art. 18 un doble requisito: que sean menos graves, por lo que tendremos que acudir al art. 13, 2 en relación con el art. 33, 3 Cpenal, y que en su ejecución no se haya utilizado la violencia o intimidación en las personas; se incluye tanto la vis física como la vis compulsiva, pero ha de entenderse ejercida de modo directo contra el sujeto pasivo del delito, y debe excluirse la ejercida de modo indirecto a través de las cosas o de terceras personas.

Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. Este requisito incluye tanto a que los hechos cometidos con anterioridad sean constitutivos tanto de delitos como de faltas. Lo que no exige el precepto es que el menor haya sido condenado con anterioridad por hechos análogos, y dada la redacción del mismo que habla de “hechos” y no a delitos ejecutoriamente condenados, habrá que incluir todos aquellos de los que el Ministerio Fiscal hubiere tenido conocimiento por cualquier medio. A este respecto sería conveniente la creación de un sistema de registro único con comunicación inmediata y fluída entre Fiscalías, para que el Fiscal tuviera conocimiento inmediato de la comisión de hechos delictivos en varios territorios de la geografía nacional.

Consecuencia del desistimiento, es que el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo dispuesto en el art. 3 LORPM. Pese a los términos taxativos e imperativos del precepto, ha de entenderse, con la mayoría de la doctrina y como hace la Circular 1/2000, que dicho testimonio sólo deberá remitirse en los supuestos que de lo actuado se deriven indicios para pensar que el menor pueda encontrarse en una situación de riesgo o desamparo que precisa de medidas de protección en el orden civil.

Este art. 18 ha sido modificado por la LO 8/2006, de 4 de diciembre, de tal forma que si el Ministerio Fiscal decide el desistimiento de la incoación del expediente, al haberse acumulado conforme a esta ley el ejercicio de las acciones civiles y penales en un mismo procedimiento, y al haber desaparecido la antigua mal llamada “pieza de responsabilidad civil”, en el caso de que se hubieran producidos algún tipo de daños y perjuicios a reclamar por el perjudicado, no le quedará más remedio a éste que acudir a la jurisdicción civil ordinaria para su reclamación. De ahí que el propio art. 18 establece la obligación del Ministerio Fiscal de comunicar a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

En el mismo sentido el actual art. 4 páf. 6º determina: “En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el art. 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil”.

## **INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO.**

### **INCOACION DEL EXPEDIENTE. ART. 16 LO5/2000.**

Comienza el art. 16 señalando: 1. Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el art. 1 de esta Ley. 2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieren formulado la misma.

Varias son las objeciones que los comentaristas hacen de este artículo, una de ellas es que se encomiendan al Fiscal funciones de Secretario-Instructor, ya que asume algunos cometidos que tradicionalmente son competencia de los

Secretarios; si bien a este respecto hay que tener en cuenta la LO 9/2000 de 22 de diciembre, que en su art. 7, 2 da una nueva redacción al art. 473, 1 LOPJ al establecer que “Los Secretarios judiciales ejercen la fe pública y...asisten..a la Sección de Menores de las Fiscalías en el ejercicio de sus funciones”, y en el art. 473, 3 que establece que corresponde a los mismos la guarda y depósito de documentación, archivos, ... Además el art. 476 en su apartado 5º disponía que cuando existan, las Secretarías de las Secciones de Menores de las Fiscalías se cubrirán con funcionarios de la segunda categoría. En caso contrario, serán asistidas por los Secretarios de los Juzgados de Menores. Esta reforma justificó la existencia de los Secretarios Judiciales en las Fiscalías de Menores al atribuírsele al Ministerio Fiscal funciones instructoras, y por tanto debían de asistir en los mismos términos que a los órganos judiciales que actualmente tienen asumida la instrucción.

Pero la creación de la figura del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía dio lugar a fuertes críticas, ya que con esta ubicación se desnaturalizaba su función y naturaleza jurídica, se partía de que en las Fiscalías no había necesidad de fe pública judicial, además de que se rechazaba la idea de que el Secretario Judicial pudiera expedir testimonios de actuaciones no estrictamente judiciales.

Lo cierto y verdad es que la fórmula de asistencia sustituida por parte de los secretarios de los Juzgados de Menores generó disfunciones e insatisfacciones.

Pero la reforma operada por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ da una nueva regulación a la figura del Secretario. Así el actual art. 453 (antiguo art. 473) omite a cualquier referencia al Secretario en las Secciones de Menores, lo que en definitiva ha supuesto su desaparición.

Esta desaparición de la figura del Secretario, no debería tener ninguna incidencia práctica en la labor investigadora del Ministerio Fiscal, dado la presunción de autenticidad de que constan las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal (art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), siempre y cuando se practiquen por el propio Fiscal, o bien bajo su dirección y en su presencia.

Así recientemente el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el valor de las diligencias instructoras del Fiscal: la STC 206/2003, de 1 de diciembre les otorga un valor netamente superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales sin que este plus effectum esté anudado a la intervención del Secretario, recordando así que la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía, ya que se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial y que ejerce sus funciones conforme al art. 124, 2 Const, con sujeción en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad.

Conforme a la Circular 1/2000, el expediente de reforma se abre “con un acuerdo formal de incoación pronunciado por el Fiscal en forma de DECRETO que se fundamenta:

conocimiento del Ministerio Fiscal de la noticia criminis  
que los hechos sean constitutivos de delito o falta  
que se hayan cumplido las condiciones de procedibilidad, en su caso exigibles  
que los hechos no estén prescritos  
que tengan visos de verosimilitud  
que esté identificado el autor y éste tenga entre 14 y 17 años en la fecha de comisión de los hechos  
que reuniendo los requisitos del art. 18 el interés del menor no haga aconsejable el desistimiento.

Las vías de recepción de la noticia no presentan singularidad alguna en relación con los procesos penales de adultos, y puede tomar conocimiento de la existencia de hechos presuntamente constitutivos de delito o falta bien por medio de atestado policial, con o sin detenido, bien por oficio remisorio de actuaciones administrativas o judiciales, bien por denuncia de particular o incluso por notoriedad misma del hechos si éste ha adquirido difusión en los medios de comunicación social, pues aunque la Ley nada prevé al respecto, el Fiscal puede incoar de oficio las actuaciones procesales.

Quizá las especialidades más importantes sobre el régimen general de la LECRm, de aplicación supletoria según la Disposición Final Primera, sean las relativas a lo que la Circular FGE denomina un cambio trascendental en la legitimación activa del Fiscal, desvinculándolo de las condiciones generales de procedibilidad de los art. 105 y 275 LECrim. Ya que ambas previsiones de carácter general quedan exceptuadas en el específico ámbito de la LORPM, que, al imponer la aplicación de su régimen de instrucción y enjuiciamiento a toda clase de delitos y faltas sin excepción alguna por razón de su naturaleza, hace extensiva a los delitos privados la prohibición del ejercicio de la acción penal por particulares y el impulso de oficio. Por lo que:

Delitos privados: En las injurias y calumnias no será de aplicación lo dispuesto en los art. 105 y 275 LECrim (prohibición al Fiscal de ejercitar la acción penal e impulso del proceso como carga del ofendido. Esto significa que corresponde al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores, conservando el ofendido su poder de disposición sobre la misma, pues de una parte, no se puede perseguir el delito sino a su instancia y de otra, puede otorgar su perdón en cualquier momento del proceso, extinguiendo la responsabilidad penal. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso del principio de oportunidad, especialmente indicado para este tipo de infracciones.

Delitos semipúblicos: El Fiscal no podrá incoar expediente si no se cumple el presupuesto de la denuncia por el legitimado (la denuncia ha de proceder del agraviado o de su representante legal), y deberá proceder al archivo por no concurrir las condiciones de procedibilidad legalmente exigibles, con la excepción de los delitos de agresión, acoso y abuso sexual, donde el Fiscal valorará los intereses en conflicto para abrir o no el expediente mediante un Decreto motivado donde expresará las razones que le mueven a ordenar la prosecución del procedimiento.

### **Celeridad de la instrucción.**

Es innegable, y es aspiración de todos los intervinientes en la justicia de menores, que la tramitación de los asuntos debe ser lo más rápida posible. La celeridad en la instrucción ha sido una preocupación constante de los Fiscales intervinientes en la jurisdicción de menores, hasta el reciente requerimiento (mayo 2002) de la Inspección de la FGE recabando de los Fiscales de las Secciones de Menores opiniones sobre posibles formas de agilización del procedimiento, y en especial, sobre la posibilidad de celebración de juicios inmediatos y convocatoria directa a la audiencia en infracciones constitutivas de falta con informe oral del Equipo Técnico.

### **DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN. EN ESPECIAL, DETERMINACIÓN DE LA EDAD, IDENTIFICACIÓN DEL MENOR, RUEDAS DE RECONOCIMIENTO. PRUEBA PRECONSTITUIDA.**

#### **Determinación de la edad.**

En la actualidad, los sujetos destinatarios de la LORPM, conforme al art. 1, 1 de la misma, son los mayores de 14 años y menores de 18 años, que son los destinatarios naturales de la Ley, y a los que denomina propiamente menores y respecto de los cuales, sin excepción alguna, se ha de aplicar el régimen jurídico que se establece en la Ley.

De conformidad con la Disposición Transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, suspendió la aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, por un plazo de dos años, desde la entrada en vigor de la misma. Con posterioridad, y por Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, y en su Disposición Transitoria única, vuelve a prorrogar el plazo de vigencia de la Ley, para estos infractores, y suspende su aplicación hasta el 1 de enero de 2007. Finalmente la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre ha suprimido definitivamente la posibilidad de aplicar a los mayores de 18 años y menores de 21 la ley del menor.

De ahí, que adquiera especial trascendencia la determinación de la edad del menor infractor, requisito imprescindible especialmente en el caos de su detención, ya que ello podría derivar en la incompetencia del Fiscal de guardia, sobre todo para la solicitud de alguna medida cautelar, lo que supondría la puesta a disposición del detenido ante el Juez de Instrucción de guardia, caso de ser mayor de 18 años, o incluso la imposibilidad de solicitar medida cautelar de reforma alguna, caso de menores infractores de 14 años, y en su defecto, la adopción de alguna medida de protección si procediere.

El art. 5, 3 LORPM determina que el momento de comisión del ilícito penal será el que determine la edad del sujeto infractor.

Y por su parte el art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que para acreditar la edad del procesado, bastará con el Documento Nacional de Identidad, pasaporte o cualquier otro documento identificativo y si subsistieren las dudas sobre la edad del sujeto se traerá al expediente la certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro Civil, o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.

Si no fuera posible la determinación de la edad por cualquiera de los documentos antes referidos, se sustituirá por el informe que acerca de la edad de los mismos, y previo su examen físico dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez.

Asimismo el art. 785, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que “En las declaraciones se reseñará el Documento Nacional de Identidad de las personas que las presten. Cuando por tal circunstancia o por cualquiera otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica.”

Por todo ello, resulta trascendental determinar la edad del menor detenido. Y recabar este dato resulta especialmente importante tratándose de menores extranjeros detenidos. De ahí que haya sido necesario que por medio de la Instrucción 2/2001, se hayan dado las normas precisas acerca de la interpretación del actual artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre.

Este artículo 35, en su apartado 1º establece que, cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto “en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de la edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.”

Como han sido varias las dudas interpretativas de este artículo, se ha hecho necesario poner de relieve que este artículo no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito.

Ya que en este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción de guardia, que es el único competente, de igual forma que si se tratase de ciudadanos españoles para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad.

Ya que como se ha señalado anteriormente el art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal atribuye esta competencia claramente al Juez instructor. De ahí que de conformidad con el art. 789, 5, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establezca que si todos los imputados fueren menores, se inhibirá a favor del órgano competente, es decir, del Ministerio Fiscal.

En idéntico sentido, el art. 16, 5 LORPM dispone que cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores “el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadores respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal.”

De ahí que corresponda al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquellos a quienes se impute la comisión de un delito, ya se trate de españoles o extranjeros, cuando exista duda sobre la misma.

Esta misma postura fue la mantenida por la Circular 1/2000, conforma a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban a favor de la Fiscalía de Menores “si existe duda razonable de la verdadera edad del inculpado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculpado.”

Por su parte la Circular 1/2000 expresamente recoge: “Si pese al diligente agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable acerca de la minoría de edad del inculpado habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores, pues ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores, particularmente en un estado de cosas como el presente, en el que la aplicación de esas normas se extiende condicionadamente a favor de adultos de hasta 20 años.

Si la duda no despejada es en torno a si el sujeto tenía o no cumplidos los 14 años de edad al ejecutar los hechos, dicha duda se dirimirá en sentido favorable al menor y no se le exigirá responsabilidad penal, debiendo el Fiscal dictar Decreto de Archivo de las Diligencias Preliminares con remisión de lo actuado a la entidad de protección correspondiente.”

La forma más habitual de acreditar la edad del detenido, cuando no sea posible acreditarlo por cualquiera de los documentos oficiales admitidos, será mediante la práctica de la prueba oseométrica.

En cuanto a la naturaleza de esta conducción del menor al centro sanitario, y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad, es una situación de privación de libertad, que no detención, análoga a la contemplada en el art. 20,2 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Por lo que dicha situación no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario.

Por lo que se refiere a la necesidad o no de la asistencia Letrada, para la práctica de esta diligencia, se ha determinado su no obligatoriedad, ya que de conformidad con el art. 520, 2 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esta asistencia de Abogado, tan solo se establece en las diligencias policiales o judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

### **Determinación de la edad de menores extranjeros no detenidos.**

En cuanto a las actuaciones del Fiscal de guardia en materia de protección de menores, y para dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 35 de la Ley Orgánica 4/2000 cuando se localice “a un extranjero, indocumentado, cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad”, “si las pruebas arrojan como resultado que el extranjero es menor de edad, deberá ser ingresado en un Centro de Protección de Menores”, es necesario por tanto, que por las distintas Fiscalías se proceda una vez puesto en conocimiento del Fiscal de Guardia (comunicación que puede realizarse de cualquier forma: vía fax, telefónicamente, ...) por los responsables locales y provinciales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de la localización de un menor necesitado de protección, se den las instrucciones precisas y necesarias para cómo actuar, siendo la primera actuación a practicar la determinación de la edad del menor, especialmente a través de las pruebas oseométricas (pruebas radiológicas), ya que en ningún caso se procederá al internamiento en un Centro de Protección de Menores de un presunto menor antes de determinar su edad por las pruebas radiológicas correspondientes.

Para ello es necesario una adecuada coordinación entre las Fuerzas de Seguridad, instituciones sanitarias, y el Servicio de Atención al Niño o servicio administrativo equivalente, siendo necesaria la elaboración de un protocolo de actuación al que deberán atenerse todos los organismos intervinientes.

Para ello es necesario el establecimiento de una relación de centros sanitarios, especialmente de aquellos que dispongan de un servicio de urgencias radiológicas operativo durante las veinticuatro horas del día, y de centros de protección previstos para tal fin, estando condicionado su ingreso al lugar donde haya sido localizado geográficamente el menor, así como a la capacidad máxima del centro. Ya que en el supuesto de que en el centro más próximo al lugar donde

haya sido localizado el presunto menor no hubiese, en ese momento, plazas disponibles, habrá de contactar con otro dentro de la lista, respetándose la prioridad por localización geográfica.

Cuando las pruebas arrojen como resultado que el extranjero es menor de edad, deberá ser ingresado en un Centro de Protección de Menores (siempre y cuando precise de una medida de protección), circunstancia que igualmente deberá ser comunicada con la mayor brevedad posible, vía fax, a la Fiscalía de Menores.

Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entregarán en el Servicio de Atención al Niño o en el Centro de Protección el resultado de la prueba oseométrica y el atestado o documentación en la que se recogen las circunstancias en las que se produjo la localización del menor. Sin perjuicio de presentar o enviar más adelante a la Fiscalía la documentación pertinente.

Por lo general estas pruebas médicas no suelen establecer con certeza la edad exacta, sino que establecen una edad aproximada que fijan unos extremos mínimos o máximos, y con escaso margen de error la verdadera edad del sujeto, por lo que a falta de otros datos, y a efectos de determinar si éste es mayor o menor, habrá que estar a la edad establecida en el límite inferior. En todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas a favor del menor.

Una vez determinada la minoría de edad, la designación del centro de protección en el que habrán de quedar ingresados, es competencia de la entidad pública de protección y no del Fiscal de Menores de guardia.

### **Identificación del menor.**

Al igual que la determinación de la edad, la identificación del menor infractor adquiere especial trascendencia, si bien no con la misma intensidad que la edad, ya que si bien, con carácter general, dicha identidad ha de quedar solventada durante la fase de investigación policial, nada impide que la misma pueda estar debidamente acreditada durante la fase instructora del Fiscal.

Evidentemente, no adquiere la misma importancia que la determinación de la edad, ya que mientras la determinación de la edad constituye un criterio para determinar la competencia del órgano instructor (Fiscal o Juez de Instrucción, o incluso la incompetencia de ambos, en caso de menores de 14 años), no así la identificación del menor, ya que no existe ningún inconveniente en que debidamente acreditada la intervención de un menor en un hecho delictivo, y que la edad de dicho menor entra dentro de la franja de entre 14 a 17 años, pueda intervenir el Fiscal de Menores de guardia, caso de producirse su detención, y decidir acerca de la libertad o no del mismo, ya que en cualquier fase posterior del

procedimiento pueden aportarse los datos correctos de filiación del mismo, que incluso pueden ser distintos a los inicialmente suministrados, pero no constituye un trámite a realizar de manera inexcusable durante el servicio de guardia.

De todas formas, es criterio mayoritario, que para el trámite de alegaciones el menor de que se trate deba estar totalmente identificado y no ofrezca duda alguna su identidad.

Por su parte, la Orden General de la Dirección General de la Policía de 12 de enero de 2001, establece los siguientes principios, en sus apartados 22 a 24, en cuanto al tratamiento que ha de darse a los registros policiales de menores:

“La obtención e incorporación de información referida a menores, a los ... Bancos de Datos, se realizará de manera ordinaria, salvo que el Ministerio Fiscal ordene lo contrario para cada caso concreto. Dichos registros sólo podrán ser usados con fines de protección e identificación de menores y para posibilitar el buen desarrollo de las investigaciones policiales”

“La obtención de la reseña policial de menores se realizará por personal de Policía Científica y estará referida a datos biográficos, impresiones dactilares y fotografía. Para la obtención de dichas reseñas... se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

no indicación en contrario por parte del Ministerio Fiscal;  
de manera ordinaria, para menores infractores entre 14 y 18 años, especialmente en el caso de menores entre 16 y 18 años, autores de delitos violentos, sexuales o terroristas”.

Igualmente se restringe el acceso a la consulta de estas reseñas a la Policía Científica y al GRUME, diferenciándolas del resto de las reseñas que aparecen en las bases de datos.

Por su parte la Ley de extranjería 4/2000, en su art. 35, 5 dispone: “Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección”, y establece una prohibición: “Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado”.

Igualmente para facilitar la identificación de los menores extranjeros, el art. 60 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto de 20 de julio de 2001, prevé la creación en la Dirección General de la Policía, de un Registro Central de Extranjeros, y separadamente de un Registro de Menores Extranjeros en situación de desamparo a efectos puramente identificadores. En este registro, que incluirá sólo a los menores en desamparo y por tanto tutelados por una entidad pública, constarán entre otros los siguientes datos: su impresión dactilar, su fotografía y el resultado de la prueba ósea de determinación de la

edad; asimismo, constarán otros datos que puedan facilitar en su caso las investigaciones previas a la repatriación, como la nacionalidad, el nombre de los padres, el lugar de nacimiento y la última residencia del país de procedencia.

De ahí que se prevea la utilización por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de las medidas técnicas necesarias para identificar a los menores extranjeros indocumentados a través de referencias que sobre los menores puedan existir en alguna institución pública, nacional o extranjera, encargada de su protección. Si bien en estos casos no pueden ser utilizados con una finalidad distinta a la identificación del menor.

### **Ruedas de reconocimiento.**

La rueda de reconocimiento, es una diligencia de instrucción, directamente encaminada a la identificación del menor, ya que la acreditación de la identidad de la persona es un requisito esencial y presupuesto del proceso, y previo a los demás.

Para esta acreditación se pueden utilizar:

Reconocimiento espontáneo

Reconocimiento fotográfico

Reconocimiento en rueda

Reconocimiento en el juicio oral.

Captación de la imagen del delincuente mediante fotografía o vídeo obtenida en el momento de ejecución del delito.

Identificación por medio no visuales: por huellas, por la voz, huella del calzado,...

El art. 368 LECrim. Dispone que: "Cuanto dirijan cargo a determinada persona deberán reconocerla judicialmente, si el Juez instructor, los acusadores o el mismo inculpado conceptúan fundadamente precisa la diligencia para la identificación de éste último, con relación a los designantes, a fin de que no ofrezca dudas quien es la persona a que aquéllos se refieren".

Los art. 369 y 372 establecen la forma de llevarla a cabo y ciertas precauciones para que los detenidos o presos no alteren su "persona o traje".

El art. 2 del Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, en su art. 2 relativo a la Actuación de la Policía Judicial, establece a este respecto en su páf. 2º: "Cuando para la identificación de un menor haya de acudir a la diligencia de reconocimiento prevista en el art. 369 LECrim, dicha diligencia solo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del juez de menores según sus propias competencias.

Para la práctica de la diligencia de reconocimiento, se utilizarán los medios que resulten menos dañinos a la integridad del menor, debiendo llevarse a cabo en las dependencias de los Grupos de Menores o en las sedes del Ministerio Fiscal o autoridad judicial competente. La rueda deberá estar compuesta por otras personas, menores o no, conforme a los requisitos de la LECrim.

Cuando la rueda esté compuesta por otros menores de edad, se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho, a salvo el supuesto de los mayores de 16 años no emancipados y de los menores emancipados en que sea de aplicación lo dispuesto para las limitaciones a la declaración de voluntad de los menores en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor.

Hoy se ha llegado a la conclusión de que la práctica de dicha diligencia resulta necesaria en aquellos supuestos en que existan dudas sobre la identidad del presunto autor del hecho, así como su realización por parte de la Policía Judicial, suponen una serie de ventajas, como la mayor capacidad operativa de dicha institución y su celeridad en su práctica, lo que es del todo punto recomendable dado las posibilidades de cambios físicos en los menores que han de ser reconocidos.

Hoy es opinión dominante, que la rueda de reconocimiento no afecta a derechos fundamentales, negándosele igualmente su condición de prueba preconstituída o anticipada, por lo que su práctica se permite a la Policía Judicial, y con mayor motivo, al Ministerio Fiscal.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, de 25 de Abril de 2000, admite su práctica en el procedimiento de menores por los motivos siguientes:

No conculca el derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor.

No atenta al interés del menor por sentirse etiquetado como delincuente ni causa una

especial perturbación a otros niños que deban componerla.

No es preciso que se lleva a efecto entre menores que se encuentren sometidos a medidas de internamiento ni que se les haga perder excesivo tiempo ni que a los menores integrantes de la rueda se les haga sujetar un número.

Pueden integrarla incluso mayores de dieciocho años si se cumplen las exigencias del art. 369 LECrim.

Sin embargo, no se puede negar de la dificultad en la práctica de esta diligencia, especialmente en los casos en que la rueda esté compuesta de otros menores de edad, ya que en estos casos se deberá contar con su autorización y con la de sus representantes legales o guardadores de hecho o de derecho, y si se trata de menores que se encuentren internados deberá de contarse con la

autorización de las personas que los representen en los referidos centros, y cada vez son más los centros que se niegan a otorgar la referida autorización.

### **La prueba preconstituída.**

Una de las dificultades que se plantean con frecuencia, durante la prestación del servicio de guardia, dada la inexistencia en España de tradición en que la instrucción de los procedimientos sea atribuida al Ministerio Fiscal, que siempre le ha sido asignada al Juez de Instrucción, y dado que la Ley Orgánica 5/2000, atribuye, aunque no por primera vez (ya que la Ley 4/1992, ya le encomendó esta instrucción), esta instrucción del procedimiento al Ministerio Fiscal, art. 16, 1, es la duda de si cabe una equiparación total de cuando los textos legales, especialmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hablan del Juez instructor, sea totalmente trasladable al Ministerio Fiscal instructor, o por el contrario hay determinadas actuaciones que no obstante hayan de practicarse durante la instrucción Necesariamente precisen de la intervención judicial. Además de que en muchas ocasiones, estas situaciones se complican más, cuando no sólo la ley habla de Juez instructor, sino que además la resolución que habrá de dictarse ha de adoptar la forma de Auto. De ahí, que algunos Jueces de Menores, entiendan que las referencias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre todo, hacen al órgano instructor, deban entenderse, salvo las excepciones contenidas en el art. 23, 24 y 28 LORPM, al Ministerio Fiscal.

En este aspecto, especial importancia adquiere la práctica de la prueba preconstituída, a la que se refieren los art. 448 y 449 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, máxime cuando la misma se encuentra dentro del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento correspondiente con “Del sumario”.

Hay que resaltar que la llamada prueba preconstituída, es aquella que no es reproducible en el juicio oral, y la fuerza probatoria de las declaraciones prestadas en esta clase de pruebas, y para que su estimación por el Juez sea más fiel y cabal, se requiere que su práctica se realice a presencia temporal e inmediatamente del propio Juzgador, es decir, con exquisita intermediación.

En este sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, de 8 de marzo, refiere que las diligencias de investigación del Fiscal no precisan del aval del Secretario Judicial que da fe de ellas porque no han de hacer prueba, carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción. No obstante, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección, gozan de la presunción de autenticidad, art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal.

La Circular 1/2000, y dentro del enunciado “Otras decisiones jurisdiccionales relacionadas con la instrucción” establece que se debe excepcionar de la regla general de que los actos de instrucción corresponden al Ministerio Fiscal, “la práctica de la prueba anticipada, por la necesidad de

inmediación judicial en su producción. Por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Disposición final primera de la LORPM), especialmente de sus art. 448 y 449, las partes podrán dirigirse al Juez para anticipar cualquier prueba que por razones ajenas a su voluntad no pueda previsiblemente ser practicada en la audiencia”.

Esta es también la doctrina constitucional, que establece como regla general, que la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación (SSTC 31/1981, 201/1989, 161/1990, y 283/1994, entre muchas otras). Y sigue manteniendo, que dicha regla general es susceptible de sufrir determinadas restricciones en los supuestos de prueba sumarial preconstituída, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con estricta observancia de los siguientes requisitos (STC 3/12/89):

**Material:** que versen sobre hechos que por su fugacidad no puedan ser reproducidos en día de la celebración del juicio oral.

**Subjetivo:** que sean intervenidos por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, cual es el Juez de Instrucción.

**Objetivo:** cual es la necesidad de que se garantice la contradicción, para lo cual siempre que sea posible se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en ejecución de dicha prueba sumarial a fin de que pueda interrogar al testigo o preguntar al perito infungible.

**Formal:** como es la exigencia, de un lado, de que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral, así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la “lectura de documentos”.

Ya que se considera que estamos ante verdaderos actos de prueba y no ante actos de investigación. De ahí que parece que lo correcto es que se realice con la inmediación del Juez de Menores.

### **Diligencias propuestas por el Letrado del menor y diligencias restrictivas de derechos fundamentales.**

Una de las novedades más importantes introducidas por la LO 5/2000, respecto a la LO 4/92, y un avance importante en la garantía de los derechos procesales, es la posibilidad de solicitud de diligencias por parte de la defensa del menor, establecida en el art. 26 IO 5/2000.

El Fiscal debe resolver motivadamente, con forma de Decreto, sobre lo solicitado y lo notificará al Letrado y lo comunicará al Juez de Menores. Contra la denegación de la práctica de una prueba por el Fiscal no cabe recurso, pero el

perjudicado puede volver a solicitarla ante el Juez de Menores, en cualquier tiempo, y en caso de negativa del Juez, su resolución si es recurrible, por medio de los recursos ordinarios.

Es diligencia obligatoria para el Fiscal, la solicitud del Letrado de recibir declaración al menor, salvo en el caso de que se hubiere declarado la conclusión del expediente y el mismo se haya remitido al Juzgado.

La CFGE, respecto a las diligencias que solicite el Letrado del menor, les aplica el mismo criterio restrictivo que a la propia instrucción del Fiscal y estima que dicho ejercicio no ha de ser entendido como ilimitado, debiendo valorar el Fiscal la pertinencia y utilidad de las propuestas y rechazar razonadamente aquéllas que supongan repeticiones o no aporten nada al procedimiento.

De toda formas lo que sí es de todo punto aconsejable es evitar en la medida de la posible la existencia en un mismo procedimiento de dos instrucciones paralelas, una la del Fiscal y otra la del Juez.

Cuando el Juez de Menores acuerde la práctica d las diligencias solicitadas por la densa, deberá hacerlo con citación de todas las partes personadas, y a la vista del resultado de esta actividad probatoria el Juez dará nuevo traslado al Fiscal y defensa, y en su caso al perjudicado personado, con el fin de que se pronuncien sobre el mantenimiento o la modificación de sus escritos iniciales, resolviendo definitivamente por auto sobre la celebración de la audiencia o sobre el sobreseimiento de las actuaciones.

En el caso, de que las diligencias solicitadas por el Letrado afecten a derechos fundamentales, se pedirán al Ministerio Fiscal y si éste las estima necesarias las pedirá al Juez, y en el caso de que el Fiscal rechazase su práctica, el Letrado las puede reproducir directamente ante el Juez.

Este principio, además viene recogido en el art. 23 LORPM, donde se establece que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitarlas al Juzgado. El Juez resolverá sobre esta petición por auto motivado.

Este precepto no es sino la concreción del principio de exclusividad jurisdiccional para la adopción de estas medidas: autorizaciones de entrada y registro, autorización de intervención de las comunicaciones, autorización para ciertas intervenciones corporales, para filmación en lugares privados, para registro de libros y papeles, ...

La declaración de secreto del expediente, aparece regulada en el art. 24, en términos similares a como se regula en el Sumario, en los art. 301 y 301 LECrim. La solicitud puede provenir del Fiscal, del menor o de su familia. Quizás deba entenderse también incluida la petición del Letrado del menor e interpretarse restrictivamente el término familia.

## **MEDIDAS CAUTELARES.**

El principio del superior interés del menor impregna toda la LORPM y también se encuentra recogido en el régimen establecido para la adopción de medidas cautelares y así se afirma en la Exposición de Motivos de la misma que “la adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el superior interés del menor”.

Por lo que respecto de los menores, la imposición de las medidas no parece que sea manifestación del “ius puniendi” sino ejercicio de una facultad sancionadora encaminada a educar y socializar al menor. Lo que se imponen no son penas sino medidas de carácter socializador que sólo en los casos más extremos son privativas de libertad. La medida es elegida además en función de las características del menor, y no sólo por la gravedad del hecho. La proporcionalidad, entre gravedad del hecho y consecuencia sancionadora se difumina.

En definitiva, el superior principio del interés del menor, hace que materialmente la ley responda a fines propios y a principios diferentes, en ocasiones contrapuestos a los del derecho penal de adultos. Ya que en el derecho penal de adultos la prevención especial y general son sus fines principales, siendo la reinserción social un añadido, mientras que en el derecho de menores lo básico es el aspecto socializador, mientras que la prevención general y especial son aspectos accesorios, pero necesariamente también presentes.

Algunos problemas han existido a la hora de determinar el procedimiento aplicable para la adopción de algunas de las medidas cautelares legalmente previstas, es decir, si todas ellas necesitan de la celebración de una comparecencia; además de que suscita problemas interpretativos el determinar para qué tipos de delitos es posible adoptar la medida de internamiento en régimen cerrado.

De conformidad con el art. 28, 1 LORPM las medidas cautelares se adoptarán por el Juez de Menores a petición del Ministerio Fiscal. Su finalidad consiste en garantizar la defensa y custodia del menor cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito, o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor. Entre las medidas cautelares que se pueden adoptar, está el internamiento en un centro de los específicos previstos en la ley, art. 54, en cualquiera de los regímenes previstos en el art. 9, la libertad vigilada, o la convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Si bien el propio art. 28 señala que el Ministerio Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, algunas de las medidas solicitadas, por lo tanto se pueden solicitar en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento, lo habitual viene siendo su solicitud por el Fiscal de Guardia, al que se le ha puesto a su disposición a un menor detenido.

En este caso, el Fiscal y dentro de las cuarenta y ocho horas desde la detención, resolverá sobre la adopción de alguna de las siguientes medidas:

La puesta en libertad del menor.

El desistimiento de la incoación del expediente.

La incoación del expediente poniendo el menor a disposición del Juez de Menores competente, e instando la adopción de las medidas cautelares para la defensa y custodia del menor expedientado.

### **La detención de un menor.**

Una de las formas habituales de iniciar el procedimiento de menores (Diligencias Preliminares, y en su caso Expediente de Reforma), junto a la denuncia de la víctima o testimonio remitido por otros órganos jurisdiccionales, es el atestado de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que en muchas ocasiones irá acompañado de un menor detenido por la comisión de un hecho delictivo y que será puesto a disposición del Fiscal de Guardia.

De manera muy pormenorizada la LORPM en su art. 17 “Detención de los menores”, hace una regulación detallada de la forma de realizarse la detención.

La detención de un menor por parte de la Policía Judicial, se adoptará como medida de carácter excepcional. Esta detención, al igual que ocurre en la jurisdicción de adultos, y por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo procederá por hechos cometidos que sean constitutivos de delito, y no de faltas.

### **Notificación de la detención al Ministerio Fiscal.**

Una vez producida la detención, el art. 17, 1 LORPM establece que “deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal”. Especiales problemas se plantean acerca de la recepción de la comunicación cursada por la Policía acerca de la detención de un menor, especialmente sobre qué ha de entenderse por “notificación inmediata”. Para ello habrá que distinguir, las consecuencias que esa notificación supone, ya que no en pocos casos, ante la detención de un menor la propia policía acuerda su puesta en libertad, atendiendo a la escasa gravedad y circunstancias del hecho delictivo, en cuyo caso el

personal auxiliar puede recibir perfectamente todas estas incidencias que surjan durante la guardia. Además, esta detención junto a la posterior puesta en libertad puede ser comunicada, incluso, vía fax, sin perjuicio de la remisión ulterior del atestado original a la Fiscalía de que se trate.

La disponibilidad del Fiscal de Guardia debe serlo cuando se exija su personal y directa intervención, y sobre todo, y en todo caso, cuando la comunicación o consulta de la policía sea sobre la procedencia o no de la libertad del menor, o en su caso, la puesta a disposición del Fiscal, decisión ésta que únicamente ha de recaer sobre el Fiscal de Guardia.

Ya son numerosas las Fiscalías que han remitido algunas instrucciones generales a la Policía sobre cuales han de ser las circunstancias para que procedan a la detención de un menor, y la forma de comunicar esta detención.

Pero no obstante, estas instrucciones, y quizás como consecuencia del plazo perentorio de veinticuatro horas, con que cuenta la policía para la detención del menor, no es infrecuente, el deseo de la Policía, una vez producido el hecho de la detención, no el de comunicarlo inmediatamente, sino de ponerlo inmediatamente a disposición del Fiscal de Guardia, precisamente por los obstáculos con los que se encuentra, y ello va a dar lugar, a que el atestado policial instruido sea a todas luces insuficiente e incompleto.

Debemos evitar que estas situaciones se produzcan, y conforme autoriza la propia LORPM, en su art. 6, ordenar a la policía judicial que practique todas las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos y la participación del menor en los mismos, agotando en su caso el plazo legal de veinticuatro horas establecido, y dando órdenes precisas sobre qué diligencias imprescindibles han de ser practicadas, a fin de que una vez recibidas por el Fiscal, pueda tener base suficiente para que pueda decidir si procede su puesta en libertad, o en caso contrario, solicitar una medida cautelar, y puesta a disposición del Juez de Menores.

Y es que la realización de un atestado policial en modo alguno, varía según que el hecho delictivo haya sido cometido por un adulto o por un menor, y las pruebas necesarias para acreditar un delito son las mismas, por lo que es imprescindible que el atestado remitido sea lo más completo posible (declaración del menor en presencia del Letrado de oficio o designado y de su representante legal, reconocimientos fotográficos, incluso más aconsejable reconocimientos en rueda por parte de las víctimas y otros testigos, identificación de posibles testigos, y en su caso, declaración de los mismos, partes de esencia de los lesionados,...)

## **Declaración del menor en dependencias policiales.**

Especiales problemas suscitan la redacción dada al art. 17, 2 LORPM, relativo a la declaración del menor. Dicho párrafo establece que “Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario”. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente”.

Es decir, el menor detenido, tiene derecho a la asistencia Letrada desde el mismo momento de la detención, siendo obligatoria la presencia de abogado en toda declaración del menor, además de los que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda.

El art. 22, 1 b) LORPM además le reconoce el derecho a entrevistarse con su Letrado reservadamente, incluso antes de prestar declaración. Si bien este artículo se refiere a la declaración que ha de prestar el menor en Fiscalía, una vez incoado el expediente, sin embargo, parece razonable pensar que tendrá derecho a esa entrevista reservada en las dependencias policiales, pues una interpretación contraria sería restrictiva de derechos. Incluso la propia Dirección General de la Policía en su “Ampliación a las normas provisionales sobre tratamiento policial de menores” modifica el apartado 18, 2 de las Normas provisionales sobre tratamiento Policial de Menores, que queda redactado así: “En lo que respecta a la relación del menor detenido con su Abogado, se hará la interpretación más favorable, por lo que se aplicará lo dispuesto en el art. 22, 1 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”.

Sin embargo, cabe también otra interpretación, y más acorde con lo establecido en el art. 520, 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que es de aplicación supletoria, ya que en su letra c) establece que la entrevista reservada del Abogado con su cliente detenido tendrá lugar al “término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido”, es decir, tras la declaración.

Hoy en día, sin embargo parece que la cuestión debiera de estar resuelta, a partir de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, complementaria de la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, cuyo art. 775, 2 determina: “Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del art. 527 (supuestos de incomunicación).

Hoy todo este tema ha sido definitivamente resuelto por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre que ha introducido un nuevo párrafo al art. 17, 2

LORPM, y así establece que: “El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”.

Por otro lado es sorprendente e imprecisa la introducción de la previsión contenida, en el párrafo segundo in fine de este artículo, es decir, la necesidad de presencia de un Fiscal en la declaración del menor, en defecto de su representante legal. La práctica nos ha demostrado que es normal que una vez producida la detención de un menor, no sean localizados sus representantes legales o estos se nieguen a comparecer ante las dependencias policiales, muchas veces motivado, de que ya están “hartos” de realizar estas comparecencias, sobre todo cuando se trata de menores de todo punto incontrolables para ellos. Algunas de estas reticencias o negativas de los padres o representantes legales a estar presentes en la declaración de sus hijos, se han superado, bajo la advertencia de que si persisten en ella, podrían incurrir en un delito de abandono de familia y por incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad o por delito de desobediencia.

Se trata, pensamos, de una previsión, única y exclusivamente, aplicable a la detención policial. Resultaría impensable que en la declaración del menor ya en la sede de la Fiscalía, además del Fiscal que toma la declaración exista otro Fiscal supervisando la actuación del primero.

La solución recogida en el articulado de la LORPM, no parece por tanto la más adecuada y supone un desconocimiento de nuestra función constitucional y del estatuto del Ministerio Fiscal, amén de que en numerosísimas ocasiones será materialmente imposible poder llevarla a cabo, especialmente en aquellas Fiscalías de gran extensión y con un número considerable de detenidos; pero es que además, si lo que el legislador ha querido es que este segundo Fiscal acuda a las dependencias policiales o de la Guardia Civil para estar presente, cuando los representantes legales no estén, supone un total desconocimiento de la plantilla real de fiscales que prestan este servicio, con un incremento de plantilla escaso para toda España.

De ahí que la solución quizás más acertada sea la que se ha adoptado por la mayoría de las Fiscalías, y que supone que cuando la policía tenga que tomar declaración a un menor detenido y no haya sido posible la localización de algunos de los representantes legales previstos, se obviará este trámite, y el menor detenido será puesto a disposición del Fiscal de Guardia, y la declaración se efectuará ante éste, en la sede de la Fiscalía de Menores, pero tan sólo en el caso de que por la gravedad de los hechos cometidos se haga aconsejable la adopción de cualquiera de las medidas cautelares posibles, ya que en caso contrario, lo aconsejable será la puesta en libertad del menor, y acordar su declaración en cualquier tiempo durante la instrucción del expediente.

Pero en el caso de que haya de oírle en declaración en la Fiscalía durante la guardia, esta declaración siempre habrá de ser prestada, y en defecto de sus

representantes legales, con la presencia de un segundo Fiscal, y cuesta imaginar qué sentido tiene que haya dos Fiscales presentes en la declaración, cuando los dos tienen que desempeñar las mismas funciones constitucionales y ambos actúan bajo el principio de unidad de actuación. Además de que nada o poco se ha previsto para que la organización interna de cada Fiscalía (no obstante lo recogido en la Instrucción 2/2000), asegure la presencia efectiva, ya sea del Fiscal de presencia o de la intervención del segundo Fiscal, sobre todo cuando esta declaración haya de realizarse fuera del horario habitual, es decir, en horario de tarde o durante los fines de semana, ya que no está nada previsto acerca de la existencia de un segundo Fiscal de Menores de guardia.

Este segundo Fiscal o Fiscal de presencia, suele ser cualquiera de los Fiscales de la propia Fiscalía de Menores, pero nada impide que pueda intervenir cualquier Fiscal del resto de la plantilla o el Fiscal que esté de guardia general, en este último caso, especialmente si dicha toma de declaración ha de prestarse fuera del horario normal de trabajo.

La Circular 1/2000 considera que esta duplicidad de fiscales es sumamente perturbadora para la institución del Ministerio Fiscal. Y en la actualidad se propone la siguiente reforma legislativa: eliminar del apartado 2º del art. 17 de la Ley, la enunciación que se redacta desde el primer punto y seguido hasta el final del citado apartado.

### **Representación del menor por la entidad pública.**

En el caso que nos ocupa, es decir, necesidad de tomar declaración a un menor detenido, sin la asistencia de sus representantes legales, sería conveniente poner los hechos en conocimiento de la Entidad Pública de protección de menores, ya que en algunas de estas situaciones podría intervenir en representación del menor y estar presente en la declaración.

Ya que de conformidad con lo establecido en el art. 172, 1 del Código Civil, la entidad pública competente asume automáticamente la tutela del menor, que se encuentre en situación de desamparo. El referido artículo establece: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo...” Todo ello independientemente de cual sea la nacionalidad de éstos, es decir, sin distinguir entre menores nacionales o extranjeros.

En el mismo sentido la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, contempla expresamente como medida de protección la asunción de la tutela ex lege en los casos de desamparo. El art. 12, 1 de la misma señala: “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación en situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda, y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley”.

Por su parte, por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa, tiene por objeto regular la actuación de la Administración de la Junta de Andalucía en los procesos de desamparo, tutela y guarda de menores, que se hallen en el territorio de Andalucía, sin perjuicio de las competencias, que, por razón de domicilio o residencia corresponden a otras Administraciones Públicas.

El art. 18 de este Real Decreto establece que “La situación de desprotección en que se hallen los menores dará lugar a la inmediata intervención de la Administración de la Junta de Andalucía a fin de prestarles la atención que precisen”.

El art. 20, 3 de este Real Decreto establece que se declarará como medida cautelar la situación de desamparo, cuando no quede garantizada la integridad y seguridad de los menores por parte de sus padres, tutores o guardadores.

Ello significa, que cuando se trate de un menor detenido en situación de desamparo, la declaración del mismo habrá de practicarse en presencia del representante de la entidad pública, y no en presencia de un segundo Fiscal. Y como ya se ha señalado anteriormente, cualquiera que sea la nacionalidad del mismo. Por lo que en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor nacional o extranjero detenido en situación de desamparo deberá ser puesto en conocimiento de los servicios públicos competentes. Supuesto éste, muy habitual en la actualidad, sobre todo tratándose de menores extranjeros.

### **Traslado y custodia de menores.**

El art. 17, 3 LORPM establece: “Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales”.

Algunos problemas de especial trascendencia han planteado el de las dependencias policiales. Ya que se trata de un problema importante, la falta de dependencias adecuadas por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Ya que como regla general se viene observando que ni la Policía Nacional, ni la Guardia Civil, sobre todo ésta última, han realizado en todo este tiempo las medidas necesarias en sus instalaciones para adecuar las dependencias conforme viene establecido en los art. 17, 3 y 54 LORPM, y como la normativa internacional recoge: dependencias separadas de las utilizadas por los mayores de edad, apoyo asistencial, psicológico y médico que precisen, y todo ello a pesar de que el menor detenido puede estar en estas dependencias durante cinco días conforme a la Ley. Ello obliga a los Fiscales a trabajar de forma

apresurada para evitar esta situación a todas luces inadecuadas para los menores detenidos.

Por lo que resulta imprescindible interesar de los responsables de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la necesidad de adaptar las dependencias policiales a las exigencias previstas en la Ley para la detención de menores, creando en su caso centros específicos de detención de menores, con dotación de personal especializado que posibiliten la prestación efectiva de la asistencia social, psicológica y médica en los términos previstos en este art. 17, 3 (Conclusiones aprobadas en la “Cumbre nacional en Canarias: el Fiscal y la Ley del menor”).

### Traslado de menores.

Los traslados de menores tras algunas discrepancias iniciales entre los distintos Cuerpos de Seguridad, están generalmente resueltos. Incluso han existido problemas de a quién correspondía el traslado, según que se tratara de menores de reforma y menores de protección.

El Real Decreto 1774/2004 de 30 de julio aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, y en su Disposición Final única relativa a Actuaciones policiales de vigilancia, custodia y traslado, establece en su punto 1: “Las actuaciones policiales de vigilancia, custodia y traslado de menores previstas en el reglamento serán realizadas por los cuerpos de policía autonómica, en su caso por las unidades adscritas del Cuerpo Nacional de Policía, en sus ámbitos territoriales de actuación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45 de la LO 5/2000.

En caso de ausencia o insuficiencia de medios de las anteriores o cuando sean varias las comunidades autónomas afectadas, se realizarán por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”.

Dentro de las competencias de la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía se encuentra la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados y Tribunales y Fiscalías radicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en aplicación de la legislación sobre responsabilidad penal de los menores.

Ello ha motivado, y en lo que se refiere en principio a la Comunidad Autónoma andaluza, a una imposibilidad material de llevar a efecto los traslados ordenados por los Juzgados de Menores, debido al notable incremento de los mismos, y que ha llegado a una situación en la que incluso la Guardia Civil se ve impotente para realizar aquellos que son derivados por la policía autonómica.

## **Duración de la detención.**

El art. 17, 4 LORPM establece: “La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.”

Y el art. 17, 5 LORPM establece: “Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.”

La Circular 1/2000, señala que el régimen de la detención presenta especialidades de gran importancia, que refuerzan el círculo de garantías establecidas para la protección de su especial condición: la detención en sede policial no puede exceder de veinticuatro horas y debe ser custodiado en dependencias separadas de las destinadas a los adultos. Y una vez puesto el menor detenido a disposición del Fiscal de guardia, el Fiscal dispone de cuarenta y ocho horas a contar desde el momento mismo de la detención, y no desde la puesta a su disposición.

Además añade la Circular , que los Sres. Fiscales, de acuerdo con la doctrina constitucional, extremarán su celo para que el período de detención dure lo estrictamente necesario, evitando el agotamiento de los plazos legales cuando no exista una razón poderosa que lo justifique.

Sin embargo hay que señalar que en ocasiones este plazo, sobre todo el plazo de detención policial resulta breve, sobre todo en aquellos casos de delitos en los que la investigación y búsqueda de pruebas es complicadas, y motiva que el menor detenido sea puesto a disposición del Fiscal con un atestado incompleto, y carente de pruebas suficientes para que el Fiscal disponga de datos suficientes para solicitar del Juez de Menores una medida cautelar. Teniendo además en cuenta, que el Juez de Menores tan sólo para la adopción de la medida cautelar solicitada, y ante el vacío legal del art. 28 LORPM, cuenta con un plazo de setenta y dos horas desde su puesta a disposición.

### Particularidades en la duración de la detención de menores por hechos delictivos de naturaleza terrorista.

Existe un régimen específico de detención preventiva aplicable a los menores involucrados en delitos de naturaleza terrorista, que supone una derogación general de detención de menores.

Conforme al art. 17, 4, párf. 2º al menor detenido se aplicará en su caso, lo dispuesto en el art. 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo que establece que toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis (delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes) será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención, siendo posible su prórroga en cuarenta y ocho horas, siendo posible la incomunicación del detenido, equiparando totalmente el tratamiento del detenido adulto y del menor.

La legalización de la detención y las decisiones de prórroga e incomunicación de los detenidos menores por delitos de naturaleza terrorista pasa a ser competencia del Juzgado Central de Menores, conforma a la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2 g), introducido por la Ley Orgánica 7/2000 de 22 de diciembre.

El detenido no debe ser puesto a disposición de la Fiscalía del lugar donde se ha producido la detención, sino directamente a disposición de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, que asume en estos supuestos la competencia instructora (Circular 2/2001). Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre en el ámbito de la jurisdicción de menores).

Sin embargo, el Fiscal del lugar donde se ha producido la detención si estimare procedente, a la vista de las circunstancias particulares del caso, puede acordar su inmediata libertad, por no estimar adecuada la adopción de medida cautelar de internamiento, ya que el Ministerio Fiscal es único en todo el territorio del Estado.

### **Habeas Corpus.**

El art. 17, 6 LORP establece: “ El Juez competente para el procedimiento de hábeas corpus con relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

Cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente

al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora.”

Sorprende que el legislador, en el caso de solicitud de hábeas corpus, atribuya la competencia para conocer de este procedimiento al Juez de instrucción del lugar en que se encuentre el menor detenido, ya que ello va en contra al principio de especialización que inspira la LORPM, y quizás hubiera sido preferible atribuirla al Juez de Menores.

Si con ello, se quería evitar los desplazamientos del menor, al tener los Jueces de Menores competencia provincial, y dotar de mayor rapidez a la tramitación de estos procedimientos, no se evitan estos problemas en el caso de que el menor que formule la petición esté ya a disposición del Fiscal de Menores, ya que su competencia es también provincial.

Por otro lado, el precepto concreta quien es el Juez competente, pero omite toda referencia a quien sea el Fiscal que deba intervenir en el procedimiento, conforme a los art. 6 y 7 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, que regula los trámites para la admisión e incoación del procedimiento, y por tanto no establece cual será el Fiscal al que habrá de darle traslado para emitir los correspondientes informes: si el Fiscal de Menores o el Fiscal correspondiente al partido Judicial del Juez de Instrucción.

En este sentido la Instrucción 2/2000 señala que cuando se formulen solicitudes de “habeas corpus” por menores detenidos gubernativamente o privados de libertad estando a disposición del fiscal de menores, intervendrá informando su substanciación el fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción competente.

En idéntico sentido la Circular 1/2000, señala que cuando la solicitud de habeas corpus sea contra una detención ordenada por el Fiscal, o bien tras haber puesto la policía a disposición del Fiscal a un menor, el Ministerio Fiscal se convierte en parte pasiva de este procedimiento, y habrá de asignarse a otro Fiscal distinto para el despacho de los trámites previstos en los art. 6 y 7 de la Ley Orgánica 6/1984.

#### Especialidades en materia terrorista.

Si el menor detenido por motivos terroristas, es el que presenta una solicitud de habeas corpus, de conformidad con lo establecido en el art. 2, 2 de la Ley Orgánica 6/1984, la competencia corresponderá al Juez Central de Instrucción correspondiente, efectivamente dicho precepto señala: “Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el art. 55, 2 de la Constitución (actuación de bandas armadas o elementos terroristas), el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente”.

Esta opción acogida por el legislador es la más adecuada, con la competencia establecida para los menores por delitos cometidos de naturaleza terrorista. Además de asegurar la proximidad geográfica del órgano judicial competente para tramitar y resolver el proceso de garantía con el órgano judicial a cuya disposición debe quedar finalmente el detenido, si el procedimiento de habeas corpus no prosperase.

### **Derechos del menor detenido.**

Tanto en el art. 17, 1 LORPM como en el art. 3 del Reglamento para su aplicación establecen entre los derechos del menor, que las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos le perjudique.

El art. 17 LORPM establece que el menor detenido debe ser informado “en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten”; y en lugar de proceder a una enumeración de tales derechos, realiza una remisión expresa al art. 520 LECrim. De ahí, que los derechos y previsiones, contenidas en este artículo, son de plena aplicación para el caso de la detención de un menor, con ligeras especialidades.

Así, mientras que el art. 520 establece el derecho a que se ponga la detención y el lugar de custodia en conocimiento de la persona que el detenido designe, el art. 17 configura no el derecho del detenido, sino la obligación de los agentes intervinientes de comunicar de forma inmediata la detención y el lugar de su custodia a los representantes legales del menor.

Además, esa comunicación deberá también realizarse de forma inmediata al Ministerio Fiscal.

Derecho a la asistencia letrada. El art. 520 LECrim establece que el detenido tiene derecho a “designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales o judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designa abogado, se procederá a la designación de oficio”. Las previsiones contenidas en este artículo son totalmente válidas para el procedimiento de menores, de tal forma que la declaración de un menor detenido deberá realizarse necesariamente en presencia de Letrado, de suerte que si no ocurre así, no sólo resultará nula la declaración sino también cualquier otra prueba que devenga necesariamente de ésta.

Dos excepciones se recogen en este artículo a la necesidad de asistencia letrada:

- Cuando el abogado de oficio no se presente en el centro de detención en el plazo de 8 horas.

- Cuando el detenido lo sea por un delito contra la seguridad del tráfico y renuncie a la asistencia de letrado.

Sin embargo, no parece claro, que estas excepciones , puedan ser de aplicación para el caso de menores, ya que el art. 17, 2 LORPM es claro y terminante cuando establece que “toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de letrado”, sin prever excepción alguna a esta regla general.

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

En el art. 28 LORPM se enumeran cuales son las medidas cautelares que se pueden adoptar, no pudiéndose acordar cualquier otra medida no recogida. Con la nueva regulación, que supone la adopción de un sistema de numerus clausus, el legislador ha acabado con la imprecisión de la legislación anterior, esta que no determinaba qué medidas podían ser impuestas cautelarmente. Ello supone que estas son las únicas medidas cautelares que se pueden adoptar, todas ellas de carácter personal, sin que se prevean medidas cautelares reales o patrimoniales. Así el art. 28 establece las siguientes medidas, artículo que conforma a la LO 8/2006 ha introducido una nueva medida cautelar:

El internamiento en centro, en régimen adecuado.

La libertad vigilada.

La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez.

La convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Pero para la solicitud y adopción de cualquiera de ellas han de concurrir los requisitos exigidos en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Que existan indicios racionales de la participación del menor en la comisión de un delito.

Que exista riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor.

Que por la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, sea conveniente.

Que las circunstancias personales y familiares del menor así lo aconsejen.

## **Principios que rigen en la adopción de una medida cautelar.**

Principio de excepcionalidad. Rige en la jurisdicción de menores, al igual que en la jurisdicción de adultos, el carácter excepcional para solicitar cualquier

medida cautelar y sobre todo de medidas privativas de libertad, esto es, el internamiento. La propia regla 13, 1 de las Reglas de Beijing aconseja que sólo se aplique como último recurso, y durante el plazo más breve posible.

Principio de solicitud de parte. Para la adopción de cualquier medida cautelar prevista, se necesita la previa solicitud por parte del Ministerio Fiscal, única parte legitimada, ya que su adopción no puede tener lugar de oficio por el Juez competente.

No obstante a partir de la última reforma de la LORPM llevada a cabo por la LO 8/2006 de 4 de diciembre, parece un tanto dudoso que sea únicamente el Ministerio Fiscal quien ostente la legitimación para solicitar la adopción de cualquiera de las medidas cautelares posibles, sobre todo dada la nueva redacción operada por la referida ley del art. 28 de la ley, ya que de ella parece desprenderse sin lugar a dudas que dicha legitimación la tiene tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular personada, ya que si bien en un principio parece que es sólo el Ministerio Fiscal quien ostenta dicha titularidad, cuando el art. 28, 1 establece: “El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal,...”, es decir la acusación particular no podrá solicitar directamente al Juez de Menores la adopción de una medida cautelar sino que habrá de hacerlo a través del Ministerio Fiscal, quien pudiera considerar no necesaria su adopción, sin embargo otra cosa parece deducirse, del art. 28, 2 páf. 2º, ya que conforma a la misma parece que dicha solicitud puede iniciarse a través directamente de la acusación particular.

Principio de interés del menor. Ya recogido en la propia Exposición de Motivos de la Ley y en el propio art. 28, 1 cuando señala que el Juez “resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor” Principio igualmente recogido en la Convención Europea de los Derechos del Niño y en otros artículos de la Ley 5/2000 (art. 7, 3, art. 27). De ahí que se haya criticado, que si la medida ha de tener en cuenta el interés del menor, no se entiende por qué el establecimiento de un número cerrado de medidas, cuando en algunas ocasiones sea conveniente al interés del menor la adopción de cualquiera de las medidas previstas en el art. 7.

Principio de revisabilidad. Previsto con carácter general en el art. 14 LORPM, ya que el Juez podrá en cualquier momento alzar la medida si entiende que han cesado los supuestos que la justifican sin previa solicitud de parte o la podrá sustituir por vigilancia o convivencia dada la condición menos restrictiva de la libertad del menor que estas últimas medidas suponen.

Principio acusatorio. El Juez de Menores no podrá imponer medida que suponga una mayor restricción de derechos que la solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, art. 8 LORPM, así como tampoco el Juez podrá imponer una medida por tiempo superior al solicitado por el Ministerio Fiscal o en su caso acusación particular. Así el principio acusatorio rige taxativamente en la imposición de medidas cautelares.

## **La medida cautelar de internamiento.**

Dada la redacción del art. 28, 1LORPM: “las medidas cautelares ... podrán consistir en internamiento en centro, en el régimen adecuado”, supone, que en principio es posible su solicitud de cualquiera de las medidas de internamiento enumeradas en el art. 7 LORPM:

internamiento en régimen cerrado  
internamiento en régimen semiabierto  
internamiento en régimen abierto  
internamiento terapéutico.

Para la adopción de esta medida cautelar de internamiento se atenderá:  
a la gravedad de los hechos,  
circunstancias personales y sociales del menor,  
existencia de un peligro cierto de fuga,  
y que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

Estos dos último requisitos han sido añadidos en virtud de la LO 8/2006.

Pero a su vez, es obligado poner este artículo en relación con lo establecido en el art. 9, 2 de la misma ley (también modificada por la LO 8/2006), en lo que se refiere a la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado, ya que su solicitud sólo podrá tener lugar cuando:

1. Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o en las leyes penales especiales, (pena de prisión superior a los cinco años).

2. Si se trata de delitos menos graves, que en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas.

3. Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Es decir, sólo cabe la adopción de la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado cuando se den los requisitos previstos en este art. 9, 2, para su imposición en sentencia con carácter definitivo.

Ningún problema, ha venido planteando su adopción en los delitos en los que se haya empleado violencia o intimidación en las personas (asesinatos, homicidios, robos violentos, lesiones, agresiones sexuales, ...), pero sí ha suscitado distinta lectura entre Fiscales y Jueces, la segunda parte de este párrafo, esto es, “haber actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas”, ya que algunos Jueces de Menores han negado la posibilidad de su adopción tratándose de delitos contra la salud pública. Si bien la mayoría de ellos ha distinguido según se trate de delitos contra la salud pública que causen

grave daño para la salud, de aquellos que no entrañen tan grave daño, y ello haciendo una comparación, quizás dudosa, entre “grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas” con “grave daño para la salud”, de ahí que sea posible la adopción de la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado cuando se trate de cocaína, heroína, ... pero no cuando se trate de hachís, ni aún en el supuesto de notoria importancia. Hecho este último que cada vez con mayor asiduidad se viene produciendo en las provincias costeras, especialmente las del sur. Aunque lógicamente en este último supuesto, sí puede adoptarse la medida de internamiento en cualquiera de los otros regímenes. Sin embargo sí hay que destacar que a partir de la última reforma operada en la ley no se plantea ningún problema la posibilidad de acordar el internamiento cerrado en los delitos contra la salud pública que causen grave riesgo a la salud, ya no sólo basado en la redacción del segundo párrafo sino en virtud del primer párrafo, a tener señalado estos delitos penas graves.

### **Procedimiento para su adopción.**

La solicitud, y en su caso, la adopción de las medidas cautelares, se puede realizar en cualquier momento. El procedimiento para su adopción viene regulado en el art. 28, y dada la redacción de este artículo parece deducirse dos procedimientos distintos, según se trate de adoptar la medida de internamiento o según se trate de adoptar la medida de libertad vigilada, prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o con sus familiares u otras personas que determine el Juez o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

A favor de la tesis acerca de la dualidad de procedimiento, uno escrito y otro oral, se argumenta que es habitual que el trámite de “audiencia” a las partes se realice en ocasiones sin vista, así como que en otros procedimientos (como en el procedimiento abreviado), para la adopción de una medida cautelar no privativa de libertad no es necesaria la presencia ante el Juez de Instrucción, sino que basta su solicitud por escrito, y parece que en la jurisdicción de menores el legislador también se ha mostrado más preocupado, cuando se trata de la adopción de una medida cautelar privativa de libertad y le ha querido otorgar de mayores garantías, celebrando una comparecencia, de forma similar a la comparecencia que se ha de celebrar cuando se solicita la prisión provisional en la jurisdicción de adultos. Ya que si el legislador hubiera pretendido un solo procedimiento común para la adopción de las medidas cautelares, sobra uno de los párrafos del art. 28.

Sin embargo, hay quienes mantienen el criterio de unidad de procedimiento, y a través de la comparecencia, argumentando que tratándose de medidas cautelares, su adopción ha de realizarse de forma urgente, agilizándose el trámite si se realiza de forma oral y en una vista, ya que si se realiza por escrito,

inevitablemente su adopción se va a demorar en el tiempo. Pero, como ya se ha señalado de la simple lectura del precepto parece deducirse dos procedimientos distintos.

Por lo que se refiere a la medida de internamiento, el art. 28 establece: “El Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, Las demás partes personadas y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada, en función de los criterios consignados en este artículo”.

Es decir, habrá de celebrarse una COMPARECENCIA , que evidentemente se habrá iniciado con una propuesta del Fiscal, normalmente en forma escrita, en que se recogerán, de forma análoga al que se hace en el escrito de alegaciones, cuales son los hechos que se le imputan al menor y los indicios existentes acerca de su participación en los mismos, igualmente se podrán recoger la existencia de otros expedientes incoados contra el mismo menor, especialmente si se trata de hechos de naturaleza análoga (en este punto se ha puesto de manifiesto, teniendo en cuenta que existen numerosos menores que no delinquen en una solo provincia sino en varias, la necesidad de uniformar los registros informáticos y tener acceso a ellos desde cualquier Fiscalía, y así el Fiscal que haya de tomar la decisión de que se trate tener los datos suficientes para su solicitud). En este escrito, el Fiscal necesariamente habrá de poner a disposición del Juez de Menores al menor detenido.

A esta comparecencia asistirá el Ministerio Fiscal, la acusación particular también el letrado del menor, las demás partes personadas y el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores.

Llama la atención la omisión que este precepto hace, respecto a la necesidad o no de que el menor esté presente en la referida comparecencia, ya que en la enumeración que se hace, no se menciona al mismo. Sin embargo es mayoritaria la opinión, de la necesidad de que el menor esté presente en la misma, sobre todo armonizándolo con lo establecido en el art. 22, 1 d) de la ley que le reconoce al menor el derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente, y evidentemente lo es, una medida privativa de libertad. En este mismo sentido, señalar que para la adopción de la medida cautelar de internamiento terapéutico, la misma habrá de ser consentida por el menor, art. 7 d), ya que el mismo puede rechazar su imposición; lo que aboga aún más en la necesidad de su presencia.

Aunque al no establecerlo expresamente la ley, parece que en principio no hay obstáculo para que se celebre en su ausencia, cuando el menor citado formalmente para asistir a la comparecencia, no comparece.

También omite este art. 28 entre las personas que habrán de estar presentes en la comparecencia a los representantes legales del menor. Sin embargo, lo más razonable sería, asimismo, que sean citados por el Juez de Menores, y si así se estimara conveniente, oírles sobre la medida cautelar que se ha solicitado para su hijo.

En esta comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, precepto este análogo al art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y equipara al menor con el mayor delincuente.

La ley no menciona el plazo para citar a comparecencia, y celebración de la misma, ni tampoco fija un plazo para dictar la resolución que se adopte, sin embargo, y no obstante la omisión ésta deberá celebrarse de forma inmediata. Pero dado que la situación del detenido debe de legalizarse, por aplicación supletoria tanto del art. 497, 1 como del art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la comparecencia deberá celebrarse en un plazo máximo de setenta y dos horas a partir de la puesta a disposición judicial del detenido y dentro de ese mismo plazo se ha de dictar la resolución que se acuerde, resolución que habrá de revestir la forma de Auto (auto que es recurrible en apelación conforme al art. 41, 3 LORPM), y además se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente, art. 28, 4.

La Circular 1/2000 de 18 de diciembre, además añade que “En caso de no poder celebrarse la comparecencia dentro del plazo de las setenta y dos horas, concurriendo un riesgo cierto de fuga, el Juez por aplicación supletoria del art. 504 bis 2 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de nueva comparecencia a celebrar en el plazo de las siguientes setenta y dos horas.”

### **Duración de la medida de internamiento.**

Caso de ser estimada por el Juez de Menores, la medida de internamiento, tendrá un plazo de duración de seis meses, prorrogables por otro plazo igual a petición del Fiscal, mediante auto motivado.

En ocasiones, este plazo ha devenido breve para finalizar la instrucción en asuntos especialmente complicados, de ahí que una de las Conclusiones aprobadas en la Cumbre Nacional de Canarias, haya sido la conveniencia de instar la reforma del art. 28, 3 LORPM, de tal forma que el tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento, en los supuestos previstos en la Disposición Adicional Cuarta (homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo) se pueda prolongar por tiempo máximo de un año, con las garantías procesales previstas en la citada disposición: a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado.

Nada dice tampoco la Ley en cuanto al procedimiento a seguir para el caso de petición de prórroga de la medida de internamiento, ya que los art. 14 y 51 LORPM tan sólo habla de “previa audiencia”, y hay por tanto Jueces que mantienen que la forma más adecuada sería la celebración de una comparecencia en los mismos términos que la establecida en el art. 28, al menos con carácter general, salvo excepciones, y por otro lado hay quienes mantienen que no es necesario celebrar una nueva comparecencia para acordar la prórroga de la medida cautelar de internamiento o el reingreso de un menor sujeto a dicha medida que se haya fugado del centro de cumplimiento.

Por último señalar brevemente, que una vez agotado el plazo máximo de nueve meses establecido como medida cautelar, en los primeros meses de aplicación de la ley, al no estar previsto expresamente en la misma, se discutió la posibilidad de aplicar supletoriamente lo establecido en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y previsto para los sentenciados, es decir, prolongar la prisión provisional hasta el límite de la mitad de la pena impuesta. Hoy la cuestión está totalmente resuelta en sentido negativo, y por tanto imposibilidad de aplicar normas en perjuicio del menor por analogía o por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1ª, de fecha 5 junio 2001, que resuelve el recurso de apelación interpuesto precisamente por el Fiscal contra el Auto de fecha de 30 de marzo de 2001 del Juzgado de Menores de Cádiz, que prorrogó el internamiento fuera de los límites de los seis meses, estableció: “La institución de la prisión provisional es radicalmente distinta a la situación cautelar de internamiento y obedece a criterios y principios distintos. El plazo máximo de internamiento cautelar es el de seis meses, sin que el legislador haya querido otras posibles ampliaciones ante eventuales recursos. Por lo que la prórroga o ampliación del plazo inicialmente acordado, sólo será posible cuando se adopte antes de que el plazo máximo inicial de seis meses haya expirado”. Sin embargo, si es posible, una vez agotados los plazos máximos de internamiento cautelar, de solicitar y adoptarse cualquier otra medida cautelar admisible, por ejemplo la medida de libertad vigilada.

### **Lugar de ejecución.**

La medida cautelar de internamiento, así como la detención, se ejecutarán, según el art. 54 LORPM en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal.

Los centros donde se ejecuten estas medidas cautelares, habrán de reunir los requisitos establecidos en el art. 54, 3 LORPM para los centros de internamiento, estos es, estar divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados, y se

regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.

Este precepto recoge la normativa internacional que de forma unánime mantiene que los menores internados se mantengan separados de los adultos, que también es aplicable para el caso de la detención.

En dichos centros donde se ejecuten las medidas cautelares aplicables deberán respetar el principio de resocialización recogido en el art. 55 y los derechos de los menores reconocidos en los art. 56 y 58 LORPM.

### **La medida de internamiento terapéutico en los casos de exención de la responsabilidad.**

Recogida en el art. 29 LORPM, respecto del cual la Circular 1/2000 establece que "El artículo 29 se refiere a los menores en los que se aprecie la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el art. 20, 1º, 2º y 3º del Código Penal (personas con anomalías o alteraciones psíquicas, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción), y exige la adopción de las medidas cautelares precisas para su protección y custodia conforme a los preceptos civiles". La medida cautelar más adecuada para estos casos sería el internamiento terapéutico, cuyo presupuesto legal se hallaría en el artículo precedente, al referirse al internamiento en centro en el régimen adecuado, lo que en buena interpretación autoriza a la medida del art. 7, 1 d).

En todo caso hay que considerar comprendida en el ámbito del art. 29 LORPM la posibilidad de sujetar al menor a un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el art. 158, 3º del Código Civil, a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situación de drogodependencia. A diferencia de lo que ocurre con el internamiento terapéutico, inserto en el elenco de medidas cautelares del art. 28 LORPM, el tratamiento ambulatorio constituiría una medida protectora de naturaleza civil.

En cuanto a la incapacitación del menor y la promoción de la constitución de los organismos tutelares, hay que señalar que no son verdaderas medidas cautelares, y que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que considere pertinentes.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los supuestos de internamiento por trastorno mental, ha venido exigiendo:

Que se pruebe la enajenación mental de la persona que se trate de internar.

Que el trastorno sea de tal naturaleza o intensidad que legitime dicho internamiento.

Que existan controles periódicos del enajenado por si mejora su trastorno mental y desaparecen por tanto los motivos, que dieron lugar a la medida de internamiento.

Dichas condiciones garantizan que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto.

Además hay que tener también en cuenta lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente en el art. 763 de la misma relativo al "Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", que en su párrafo segundo establece: "El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor".

### **El internamiento de menores extranjeros no detenidos.**

Cabe preguntarse, si es posible iniciar un procedimiento de expulsión de menores, conforme la Ley de Extranjería establece para los mayores de edad, y por tanto someterles a una medida de internamiento cautelar en un centro de internamiento previsto para estos supuestos.

La respuesta ha de ser negativa. Ya que tan sólo es posible, que con carácter excepcional, la autoridad judicial pueda acordar, como medida cautelar, el ingreso de menores en un centro de internamiento de extranjeros, conforme a lo previsto en el art. 92,3 de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre) y art. 127, 8 del Reglamento de Ejecución (aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio), es decir, "cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos, y existan módulos que garanticen la intimidad familiar".

Todo ello a que tratándose de menores extranjeros que se encuentren en España acompañados de sus padres o tutores, y respecto de los cuales no es apreciable una situación de desamparo, prima el derecho del menor a conservar sus relaciones familiares y a no ser separados de sus padres contra la voluntad de éstos.

Ello significa, que solo en el caso de que la autoridad competente acuerde la expulsión, devolución o retorno de los padres o tutores de menor extranjero, va a conllevar también la salida de nuestro país del menor sometido a su potestad o tutela.

La competencia para autorizar esta autorización corresponde a los Jueces de Menores, siendo necesario que previamente el Ministerio Fiscal informe sobre el internamiento del menor. Este informe será vinculante para el Juez, en el caso de que el Ministerio Fiscal se oponga al internamiento. El Fiscal, atendiendo el

interés prevalente del menor y a su derecho a no ser separado de sus padres y familiares, deberá con carácter general informar de forma favorable, y siempre que concurren los requisitos legales (solicitud de los padres y existencia de módulos que garanticen la independencia familiar).

Sin embargo, en el caso de que se acredite la existencia de un menor extranjero en situación de desamparo habrá de ser puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, ya que conforme al art. 12, 1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, se establece expresamente como medida de protección la asunción de la tutela ex lege por parte de la entidad pública en los casos de desamparo. Y durante todo el tiempo que un menor extranjero sea tutelado por una entidad pública, su estancia en España se considerará regular a todos los efectos, art. 35, 4 de la Ley de Extranjería.

Por lo que los menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo no pueden ser objeto de una medida de expulsión. No es necesario que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecie el desamparo y asuma la tutela. De tal forma, que un menor extranjero sólo puede ser expulsado, devuelto o retornado a su país en compañía de sus padres o representantes legales.

Tratándose de menores extranjeros, cuyos padres o representantes legales no se encuentren en España, tan sólo cabe la repatriación, y ésta a su vez, tan sólo por dos motivos:

1. De acuerdo con el principio de reagrupación familiar, art. 35, 3 de la Ley de Extranjería, es decir, tratándose de menores extranjeros que se encuentren en España en situación de desamparo y cuyos familiares más cercanos residan en el extranjero. Esta repatriación sólo se podrá llevar a cabo una vez localizada la familia del menor, o en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, y tras la verificación de que no existe peligro o riesgo para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares, art. 92, 4 del Reglamento de Extranjería.

Pero la decisión sobre el retorno del menor a su país de origen o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado, art. 35, 3 de la Ley de Extranjería, por ser la única competente en materia de inmigración, emigración y extranjería, art. 149, 1, 2º Constitución. Si bien la autoridad gubernativa tiene la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento de repatriación de un menor, y ello como modo de comprobar que efectivamente esa repatriación es la medida más adecuada para los intereses del menor.

- 2- Cuando el menor que vaya a ser repatriado se encuentre “incurso en un proceso judicial”, art. 62, 4 del Reglamento de Extranjería.

La repatriación en este caso queda condicionada a la autorización judicial. Se trata de un supuesto análogo al establecido para la salida o expulsión de un extranjero mayor de edad que se encuentre inculcado en un procedimiento por delito, ya que en ambos la salida del extranjero supone una renuncia del Estado del “ius puniendi”, sin embargo en este caso, la decisión tan sólo corresponde al órgano judicial que ha de autorizar esta repatriación corresponde al órgano judicial y no a la autoridad gubernativa. Y el órgano judicial que ha de autorizarla es el Juez de Menores, siendo necesario el dictamen previo del Ministerio Fiscal.

**La medida cautelar de libertad vigilada, prohibición de aproximación o comunicación con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.**

Conforme a la Circular 1/2000 “En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene la intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de cuarenta y ocho horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera apropiadas para la custodia y defensa del menor”.

**Procedimiento para su adopción.**

Ya se ha señalado con anterioridad la existencia de dos procedimientos distintos según la medida cautelar que se trate de adoptar. Siendo el mismo cuando se trate de la medida de libertad vigilada o el de convivencia con otra persona. Sin embargo, al igual que para la medida de internamiento, para su adopción se atenderá a que existan indicios racionales de la comisión de un delito, y del riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor.

Para la adopción de cualquiera de estas medidas se sigue un procedimiento escrito, no exigiéndose la celebración de la comparecencia, y por tanto sin necesidad de vista, aunque si la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del equipo técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma.

Nada dice la ley, en este supuesto, sobre la posibilidad de solicitarse pruebas o practicar en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes, por lo que nada impide, si es necesario la práctica de diligencia. Sin embargo, en este caso, y dado el carácter escrito del procedimiento, y por tanto no sometido al régimen de plazos establecidos, considero que si son diligencias de instrucción serán practicadas directamente por el Fiscal instructor, en virtud lógicamente de

las facultades instructoras que les viene encomendadas, y si son s propuestas del Letrado del menor, se realizará conforme a lo establecido en el art. 26 LORPM, solicitando su práctica al Ministerio Fiscal.

Al igual que ocurre con la medida de internamiento, también estas medidas se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

### **Duración de la medida de libertad vigilada, alejamiento o de convivencia.**

En cuanto a la duración de estas medidas en art. 28 señala que “podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en el art. 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de eventuales recursos”. Todo ello sin necesidad de prórroga expresa.

No se establece, por tanto, un plazo máximo de duración para estas medidas, al contrario del plazo establecido para la medida de internamiento.

La Circular 1/2000 además añade: “No obstante, los Señores Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas”.

### **La nueva medida de alejamiento.**

La reforma de 14 de junio de 1999 del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal modifica los art. 13 y 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e introdujo el art. 544 bis, que introduce una nueva medida cautelar, que supone el distanciamiento físico entre agresor y la víctima, y que pretende dar protección inmediata a la víctima de un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal (violencia doméstica).

Este tipo de medida cautelar ha venido siendo admisible en la jurisdicción de menores, dentro de la medida de libertad vigilada, ya que en el art. 7 h) LORPM, y dentro de la medida de libertad vigilada, recoge las llamadas “reglas de conductas”, y dentro de las mismas, tendía perfectamente cabida dentro:

Regla 3ª: “Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos”.

Regla 4ª: “Prohibición de ausentarse del lugar de residencia, sin autorización judicial previa”.

Regla 5ª: “Obligación de residir en un lugar determinado”.

Regla 7ª: “Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atentes contra su dignidad como persona”.

De ahí, que por medio de cualquiera de estas reglas podría llevarse a cabo la medida de alejamiento. Sin embargo la reforma llevada a cabo por la LO 8/2006, ha introducido esta nueva medida, tanto con carácter cautelar como con carácter definitivo, y tiene como ventajas la no necesidad de articularse a través de la medida de libertad vigilada por lo que supone la simplificación de la misma, ya que es más fácil llevarla a cabo, ya que no requiere de la intervención de los encargados de la libertad vigilada.

## **INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO.**

Si la Ley 4/92, institucionalizó la existencia del Equipo Técnico, atribuyéndole funciones de asesoramiento y participación en el procedimiento judicial, configurándolo como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que perseguían las medidas en la Ley, asesorando sobre la situación global del menor, en la LO 5/2000 se consolida la labor del Equipo Técnico entroncándola con la filosofía fundamental de la misma, esto es, “el superior interés del menor”, tal y como viene recogido explícitamente en la Exposición de Motivos, en el que se resalta la importancia del equipo técnico, en el que se cataloga “como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas”.

Se puede configurar dos funciones específicas de los equipos técnicos:  
Función informativa  
Función mediadora.

Papel del Equipo Técnico en los distintos momentos del procedimiento. De la Instrucción del procedimiento.

1. Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima. “Atendiendo a la falta de violencia e intimidación y que el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o perjudicado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico” art. 19, 1. El equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, informando de los compromisos adquiridos y su grado de cumplimiento.

2. De la incoación del expediente. El menor tendrá derecho a la asistencia de los servicios técnicos adscritos a los Juzgados de Menores (una incongruencia porque el art. 27, 1 dice que dependen funcionalmente del Ministerio Fiscal, sea cual sea su dependencia orgánica).

El Ministerio Fiscal requerirá la elaboración de un informe o la actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de 10 días prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran

complejidad, sobre la situación psicológica, educativa, familiar del menor, así como su entorno social y, en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de algunas de las medidas previstas en la presente ley, art. 27, 1.

3. De las medidas cautelares. Estas medidas se podrán adoptar por el Juez de Menores a petición del Ministerio Fiscal cuando existan indicios de la comisión de un delito o el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor.

Deberá ser oído entre otros agentes intervinientes el equipo técnico que informará especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, art. 28, 1. Estas medida podrán ser, tal y como ya se ha indicado:

Internamiento en centro en cualquiera de las modalidades que contempla la Ley.

Libertad vigilada.

Alejamiento.

Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

Se deberá atender a la gravedad de los hechos, su repercusión y la alarma social producida, valorando siempre las circunstancias familiares y sociales del menor.

La finalidad del informe viene señalada en la CFGE, como medio de estudiar “la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, carencias educativas y necesidades de integración social, ... y sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de algunas de las medidas previstas en la ley”.

El informe se califica como de “fuente de información de uso imprescindible, aunque no vinculante, para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección d medidas”.

### **Naturaleza de sus informes.**

Se considera dicho informe como DICTAMEN DE PERITOS, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo.

Así lo hacía la Instrucción nº 1/1993 de 16 marzo de la Fiscalía General del Estado, sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento de la LO 4/92, de 5 junio, y que señalaba textualmente “tiene naturaleza de pericial cualificada”.

Otra labor muy importante del equipo técnico es la de mediación entre el presunto infractor y la víctima y promoción de acuerdos de conciliación o de reparación entre ambos.

Aunque el Fiscal no queda vinculado por las propuestas del equipo, “es indudable que la dimensión no jurídica de los problemas que plantea la justicia de menores va a quedar perfilada por estos profesionales con los que se debe procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido”.

Debemos en este punto poner de relieve cómo para la prolongación temporal de la medida conforme a la regla 4ª del art. 9, el informe del equipo llega a tener valor vinculante.

Otras funciones del equipo técnico. La CFGE resalta la dimensión de la intervención del equipo al margen de la instrucción, reseñando:

la intervención en la comparecencia de medidas cautelares, art. 28, 2

la audiencia, art. 35, 1 y 37, 2

la suspensión de la ejecución del fallo, art. 40

la vista del recurso de apelación contra la sentencia, art. 41, 1

la sustitución de medidas, art. 50, 2 y 51, 1

el alzamiento de una medida por conciliación sobrevenida a su ejecución, art 17, 3

función de asistencia personal al menor desde la detención preventiva, art. 17, 3 o desde la incoación del expediente, art. 22, 1 f).

Necesidad de reglamentación. El equipo técnico sigue existiendo sin una regulación detallada de su dependencia orgánica y composición. La disposición adicional tercera de la LORPM, en su nº 5 contenía la previsión de que “El Gobierno a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el Boletín Oficial del Estado, adoptará las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses”. Dicha previsión, sorprendentemente fue suprimida por la LO 9/2000 de 22 de diciembre, sobre medidas de agilización de la administración de justicia. Sin embargo la necesidad de una regulación, pervive.

## **CONCLUSIÓN DEL EXPEDIENTE.**

Viene regulado en el art. 30 “Remisión del expediente al Juez de Menores”, único artículo del Capítulo III del Título III: “De la conclusión de la instrucción”.

Lo primero que llama la atención es que aunque el Capítulo III lleva como título “De la conclusión de la Instrucción”, el texto del art. 30 señala que “acabada la instrucción, el fiscal resolverá la conclusión del expediente”, entendemos que se trata de un problema de terminología, como sucede también en otras partes del texto legal, ya que lo que se concluye es la instrucción y no el expediente que concluirá o terminará cuando el Juez de Menores dicte sentencia o sobresea el expediente.

No obstante, este art. 30, como sabemos existen en el articulado de de la LORPM, otras formas de conclusión del expediente:

#### 1. SOBRESIMIENTO DEL EXPEDIENTE POR CONCILIACIÓN O REPARACIÓN ENTRE EL MENOR Y LA VÍCTIMA. ART. 19, 1.

A diferencia del art. 18, en este supuesto el expediente ya está incoado y se exige al menor una postura activa socializadora, a través de la conciliación con la víctima, a través de la reparación, o a través de la realización de una tarea; lo importante es la plena disponibilidad del menor en realizar la postura activa resocializadora. También a diferencia del art. 18, no es el Ministerio Fiscal el que la acuerda, sino que declara concluída la instrucción y remitirá lo actuado al Juez de Menores para que declare el Sobreseimiento.

Son requisitos para este tipo de sobreseimiento:

Que se trate de delitos menos graves o faltas.

Valoración de las circunstancias y gravedad del hecho y del menor, especialmente la falta de violencia o intimidación grave en su comisión.

Que el menor se haya conciliado con la víctima

Que el menor haya asumido y cumplido el compromiso satisfactorio de reparación del daño causado a la víctima o perjudicado por el delito.

Que el menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

#### 2. DESISTIMIENTO DEL EXPEDIENTE A PROPUESTA DEL EQUIPO TÉCNICO. ART. 27, 4.

Igualmente podemos considerar que existe otro caso de conclusión en el texto legal, aunque la ley no lo diga expresamente y pueda suceder que la instrucción no haya acabado, y este el caso contemplado en el art. 27, 4 de la Ley. En este caso la propuesta es iniciativa del equipo técnico, y para ello es necesario:

Que no resulte conveniente en interés del menor la continuación del expediente, por haberse expresado el reproche social a través de los trámites ya practicados.

O que por el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

En este caso entendemos, que aunque la instrucción no haya acabado aún, habrá que concluirla y remitir el expediente al Juez de Menores solicitando el sobreseimiento y archivo. Y por otro lado, y dado que el texto legal no lo dice y este sobreseimiento no encaja en ninguno de los motivos previstos en la LECrim, consideramos que se trata de un sobreseimiento específico de la jurisdicción de menores, pero en todo caso, definitivo y asimilable a un sobreseimiento libre.

### 3. SOBRESSEIMIENTO DEL PROCESO POR ALGUNO DE LOS MOTIVOS PREVISTOS EN LA LECRIM. ART. 30, 4.

En estos casos se estará a lo previsto en los art. 637 (que regula los casos de sobreseimiento libre) o 641 (que regula los casos de sobreseimiento provisional) de la LECrim, así como al art. 666.

### 4. ASPECTOS COMUNES DE ESTAS FORMAS DE SOBRESSEIMIENTO O DESISTIMIENTO. FORMA DE TRAMITARSE.

En estos, casos la resolución del Fiscal adoptará la forma de DECRETO de conclusión y remitirá el expediente al Juez de Menores, instando el sobreseimiento o desistimiento. Este decreto se notificará a los perjudicados. Sin embargo, en los casos de sobreseimiento del art. 641 estimamos que no procede la conclusión de la instrucción de manera definitiva, y que tampoco procede remitir el expediente al Juzgado de Menores, sino que procederá una petición de sobreseimiento y archivo provisional y que el expediente deberá quedar en Fiscalía ante una posible reapertura del mismo por la aparición de nuevos elementos de prueba.

En los casos previstos en los art. 19, 1 y 27, 4 impide la continuación del proceso aunque se haya personado el perjudicado.

Se plantea si el Juez de Menores tiene facultades correctoras de la decisión de petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal, por lo que habría de ponerse en relación con los art. 642 LECrim., que autoriza al Juez a poner en conocimiento de los interesados la pretensión del Ministerio Fiscal, a fin de que si quieren puedan ejercitar la acción penal, si bien la LORPM no admite tal posibilidad al perjudicado, y con el art. 644 LECrim. que le permite dirigirse al superior jerárquico del Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre tal petición, aunque parece que la LORPM no parece acoger tal posibilidad, si tenemos en cuenta que los principios inspiradores del sistema de menores es contraria a la idea retributiva.

### 5. CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN.

La Circular 1/2000 de 18 de diciembre, en su apartado VI.4 señala que “La instrucción concluye tan pronto como el Fiscal ha conseguido reunir los datos de hecho y elementos de juicio precisos para resolver sobre la prosecución del procedimiento mediante la formulación de un escrito de alegaciones, escrito que se justifica en un doble juicio de valor:

1. Que la participación del menor en los hechos punibles denunciados aparezca suficientemente justificada en base al número y calidad d las diligencias de investigación reunidas.

2. Que las circunstancias personales y sociales del menor aconsejen la imposición de alguna de las medidas educativas previstas en la Ley”.

Por lo que una vez acabada la instrucción, el Fiscal realizará el escrito de conclusiones en donde solicitará la apertura del trámite de audiencia y remitirá el expediente al Juzgado de Menores.

La conclusión de la instrucción se hará mediante DECRETO que tiene que ser notificado al letrado del menor conforme al art. 30, 1 y aunque este artículo se haya olvidado del perjudicado personado deberá ser notificado igualmente de la conclusión, considerando que la misma deberá realizarse cuando el Fiscal de traslado al perjudicado personado por un plazo de 5 días para que valore el conjunto de la prueba practicada y proponga aquellos que deban realizarse en la fase de audiencia conforme al art. 25.

Dictado el decreto de conclusión de la instrucción, notificado el mismo al letrado del menor y perjudicado personado, hecho el traslado a éste para que valore la prueba y proponga las que deban realizarse en la audiencia, se remite el expediente al Juez de Menores junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir con un escrito de alegaciones.

Una cuestión que se ha planteado es la de si el Juez de Menores puede devolver el expediente al Fiscal por considerar incompleta la instrucción realizada por éste, entiendo que la respuesta debe ser negativa, al ser el Juez de Menores un Juez de garantías, no teniendo competencias de investigación a fin de salvaguardar su imparcialidad y porque las pruebas pedidas tanto por el letrado del menor como por el perjudicado que hayan sido denegadas por el Fiscal pueden volverse a pedir por ambos al Juez de Menores y practicarse por éste en la denominada fase de audiencia, conforme a los art. 26, 1, art. 33 e) en relación al letrado del menor y art. 25 en relación al perjudicado

**ESCRITO DE ALEGACIONES.** El escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal viene regulado en el art. 30, 1, 2 y 3 LORPM, semejante al contenido dispuesto en el art. 790, 5 y 650 LECrim., y se realiza en la fase de instrucción, pudiendo ser considerado como el acto final de dicha fase, a diferencia del escrito de alegaciones del letrado del menor que se realiza en la fase de audiencia.

El contenido del mismo viene especificado en los apartados del citado art. 30:

- 1º La descripción de los hechos.
- 2º La valoración jurídica de los mismos.
- 3º El grado de participación del menor en los hechos.
- 4º Una breve reseña de las circunstancias personales y sociales del menor.
- 5º La proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen.
- 6º La proposición de prueba.

7º La proposición de participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas o privadas que pueda aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas.

La mayoría de los autores identifica este escrito de alegaciones con el escrito de acusación del procedimiento abreviado, sin embargo consideramos que tal similitud es más en la forma que en el fondo, ya que no se trata de una acusación o imputación en el significado técnico-jurídico penal de dichos términos, al tratarse de un menor de edad que es inimputable al que no se le acusa sino que se le responsabiliza, se le exige una responsabilidad jurídica por su conducta que constituye una infracción punible y que lleva aparejada una medida de carácter educativo. Pero también en la forma difiere al tener sus propias características especiales como son la reseña de las circunstancias personales y sociales del menor y la exposición razonada de los fundamentos educativos que aconsejen la medida propuesta.

## **RECURSOS EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN.**

La vigente LO 5/2000, de 12 de enero, con las modificaciones introducidas por las LO 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, establece un generoso sistema de recursos, mediante una previsión específica, que se complementa con la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Sin embargo, es preciso matizar que los recursos sólo son posibles contra las decisiones judiciales, entre los que no se encuentran los DECRETOS del Ministerio Fiscal, pues aunque el mismo tenga atribuidas parte de las funciones que en el procedimiento de adultos corresponden al Juez de Instrucción, no por ello se transmuta su naturaleza convirtiéndose en un órgano judicial.

Ahora bien, salvo casos contados, como las decisiones de no incoar el expediente por las causas previstas en los art. 16, 2 (no ser los hechos constitutivos de ilícito penal o no tener autor conocido), y art. 18 (desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar), los decretos del Fiscal:

-/ Bien están sujetos a un posterior control judicial, como la denegación de personación del perjudicado en el expediente o de una prueba, al permitir la ley al afectado reproducir su petición ante el Juzgado de Menores, art. 25, 6 y 26, 1.

-/ Bien integran pretensiones sobre las que debe pronunciarse el Juzgado, como el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, art. 19, las diligencias restrictivas de derechos fundamentales,

art. 23, 3, el secreto del expediente, art. 24, el archivo del expediente en interés del menor, art. 27, 4, las medidas cautelares contra el menor, art. 28 y 29, la celebración de la audiencia o el sobreseimiento, art. 33, a y b.

De ahí, que las resoluciones que el Juez de Menores, adopte en la resolución de los supuestos planteados, sí están sujetos al régimen de recursos previstos en la Ley:

**RECURSO DE REFORMA:** Dado el inequívoco sentido de la norma ( art. 41 “Contra los autos y providencias de los Jueces de menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano...”), ha de entenderse que el recurso de reforma puede interponerse contra todos los autos y contra cualquier providencia dictada por el Juez de Menores, aún cuando sea de mera tramitación.

**RECURSO DE APELACIÓN:** Todos los autos que resuelvan recursos de reforma contra providencias son recurribles en apelación, conforme expresa con total claridad y contundencia el inciso final del apartado segundo del art. 41, lo que impone interpretar en el sentido amplio de resolución judicial la expresión providencia, pues resultaría completamente absurdo que fuesen recurribles en apelación los autos resolutorios de recursos de reforma contra simples providencias y no los que resuelvan los mismos recursos cuando la resolución impugnada adopte la forma, más relevante, de auto.

Por esta vía todas las resoluciones del Juez de Menores acaban siendo susceptibles de recurso de apelación, bien de forma directa cuando así lo establezca expresamente a ley, bien a través de la generalización del recurso de apelación contra las resoluciones resolutorias de un previo recurso de reforma.

**RECURSO DE QUEJA:** La Ley no se refiere al recurso de queja. En realidad éste no es necesario si todas las resoluciones del Juez de Menores resultan apelables directa o indirectamente, previa la interposición del recurso de reforma. Únicamente cabe interponer recurso de queja contra las resoluciones en el que se denegare la admisión a trámite de un recurso de apelación, art, 218 LECrim.

**RECURSO DE SUPLICA:** Nada dice la LO 5/2000 sobre el recurso de súplica, que procederá, por aplicación supletoria de la LECrim, contra todos los autos dictados por la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo, art, 236 LECrim en la tramitación de los recursos devolutivos de que conocen.

## **RECURSOS CONTRA LOS DECRETOS DEL MINISTERIO FISCAL.**

1. Posición de la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.

La Circular de la FGE señala, bajo el epígrafe “Inadmisibilidad de recurso frente a los Decretos del Ministerio Fiscal”, que “ha de tenerse presente, en primer

lugar, que las decisiones que en el curso del procedimiento adopte el Fiscal, ya sea en la fase de Diligencias Preliminares o en el Expediente de Reforma, que revestirán siempre la forma de Decretos, no son susceptibles de recurso alguno.

En algunos supuestos el Decreto del Fiscal podrá ser atacado indirectamente por la vía de reiterar la petición ante el Juez de Menores, así sucede en los casos contemplados en el art. 25, 6, cuando el Fiscal deniega la personación del perjudicado en fase instructora o cuando rechaza la práctica de alguna prueba interesada por el perjudicado o por la defensa del menor.

En otros supuestos el Decreto determina directamente una resolución judicial. Así ocurre v. gr. en el caso en que el Fiscal acuerde por medio de Decreto interesar el Sobreseimiento del Expediente de reforma por conciliación o reparación, art. 19 o por cualquier otra causa. En estos casos el recurso será posible frente a la resolución judicial de que se trate, pero no contra el Decreto del Fiscal que la hubiere propiciado.

Finalmente, en otros casos el Decreto del Fiscal no tiene reflejo en resolución judicial alguna. Así sucede con las decisiones adoptadas por el Fiscal en fase de Diligencias Preliminares, ya sea acordando el archivo, el desistimiento de la incoación del Expediente de reforma, la remisión al Juzgado de Instrucción o a la entidad protectora, o la incoación de Expediente de reforma. Todas estas decisiones del Fiscal no son susceptibles de recurso por el menor o por el perjudicado, tal y como sucede análogamente con las resoluciones del Fiscal recaídas en el curso de las Diligencias de Investigación penal reguladas en el art. 785 bis LECrm, aplicable supletoriamente por virtud de la Disposición Final primera y en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

En todo caso y en relación con las decisiones del Fiscal de archivar las Diligencias Preliminares o de desistir de la incoación del expediente, justo es reconocer que la cuestión de la irrecurribilidad se presenta en términos no idénticos en la LORPM que en el resto de los procedimientos.

Tratándose de Diligencias de investigación penal, el art. 785 bis prevé que ante la decisión de archivo o de no ejercicio de acciones por el Fiscal el perjudicado pueda reiterar su denuncia ante la autoridad judicial. En este sentido, el ATC 219/1984, de 4 de abril, y el ATS de 20 de diciembre de 1990, rechazaron la posibilidad de revisar, tanto constitucionalmente como judicialmente, las decisiones del Fiscal de no ejercer acciones penales; si bien en ambos autos se hacía referencia, entre otros argumentos, a la posibilidad de ejercicio de la acción por el propio perjudicado al no ostentar el monopolio de la misma el Ministerio Fiscal. En este sentido se pronunció la Consulta 2/1995, de 19 de abril, de la FGE.

Por el contrario, si el Fiscal decide archivar las Diligencias Preliminares de la LORPM, el perjudicado no cuenta con ninguna alternativa distinta al recurso, que ahora se niega, para obtener la actuación del Juez de Menores; es decir, no puede ejercer por sí mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de

Menores. El Fiscal ostenta el monopolio del ejercicio de acciones de reforma en el procedimiento de la LORPM.

Ahora bien, aun dándose tan importante diferencia, debe mantenerse la irrecurribilidad de la decisión del Fiscal en estos supuestos, en atención a los argumentos manejados por las resoluciones y Consulta antes citadas, basados esencialmente en el carácter constitucional de la institución del Ministerio Público al que le corresponde determinar acerca del modo de ejercer sus funciones y, asimismo, se añade ahora, en atención a los principios que inspiran la LO 5/2000 los cuales han llevado a la negación de la existencia de acusación particular o popular en este procedimiento, lo que resulta congruente con la atribución exclusiva al Fiscal de la decisión de iniciar o no el Expediente, que según la configuración lega, resulta irrecurrible.

Lógicamente, la irrecurribilidad se proclama sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del Fiscal en casos de decisiones absolutamente contrarias a los deberes inherentes al Ministerio Público, e inclusive a la exigencia de responsabilidades civiles o penales en sus respectivos casos”.

2. Crítica de dicha posición. La posible vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las víctimas de estos delitos.

El problema aquí suscitado, es decir, el hecho de que si el Fiscal decide archivar las Diligencias Preliminares, el perjudicado no cuente con ninguna alternativa distinta al recurso, que la Circular le niega, para obtener la actuación del Juez de Menores, ya que en principio no puede ejercer por sí mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de Menores, es una muestra más del desamparo en que se encuentran las víctimas en la regulación prevenida en la Ley de Menores, consecuencia de que se atribuya al mismo tiempo al Fiscal la función monopolística de ejercitar la acción penal y la de instruir.

La acumulación de las funciones de acusar e instruir en el Ministerio Fiscal no solamente vulnera el derecho a igualdad de armas, al atribuir a la parte acusadora unas facultades exorbitantes frente a las que dispone la defensa desequilibrando el debate, sino que genera, como se comprueba en la realidad procesal de los sistemas italiano o portugués que han adoptado este modelo con desalentadores resultados, nuevos y arduos problemas.

En el caso español es claro que la situación descrita en la Circular vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de estos delitos al impedirles de modo absoluto el acceso a los Tribunales de Justicia para obtener de ellos una respuesta motivada a sus pretensiones. Naturalmente que en el proceso penal ordinario las decisiones del Ministerio Fiscal, que constituye una parte del proceso, no son recurribles. Pero el problema no es el mismo cuando a dicho Ministerio no solamente se le atribuye en exclusiva el ejercicio de la acción penal, como única parte acusadora, sino que también se le atribuye la función de instruir, pues en tal

caso sus decisiones se transforman en resoluciones que causan estado en la causa, afectan de modo directo a los derechos e intereses de las víctimas o de los supuestos responsables y la irrecurribilidad absoluta se transforma en fuente de indefensión e incluso posible arbitrariedad. Ello se traduce en la práctica imposibilidad para los afectados de acceder a los Tribunales de Justicia con riesgo de vulneración de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

## **LOS MÉDICOS FORENSES EN LAS SECCIONES DE MENORES.**

El art. 17 LORPM señala que en la detención se deberá informar al menor de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y dentro de tales derechos se encuentran los del ser reconocidos por un médico forense, o su sustituto legal, y en su defecto por el de la Institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas.

De ahí que se considere necesaria la presencia efectiva de Médicos forenses en las Fiscalías de Menores, así como a la necesidad de atender a su servicio de guardia, a fin de prestar a los menores los cuidados y asistencia médica y física que requieran.

De tal forma que la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia para hacer frente a la asistencia que debe prestarse en la Fiscalía de Menores, el día 4 de diciembre de 2000, remitió la siguiente comunicación a todos los Médicos Forenses: “Ante la próxima entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y la posición relevante del Ministerio Fiscal en estos procedimientos, por corresponderle la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, impulsando el mismo, se recuerda el deber de colaboración de los Médicos Forenses con las Fiscalías en el ámbito de las funciones que le son propias, recogidas en el art. 3 del Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero”, que aprueba el Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses.

El Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, aprobado por Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, dispone que los Médicos forenses desempeñan asistencia técnica a las Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, independientemente de su dependencia orgánica. En el curso de las actuaciones de investigación incoadas por el Ministerio Fiscal estarán a las órdenes de los fiscales,... teniendo a su cargo la emisión de informes, realización de investigaciones y asistencia a detenidos que les sean solicitados a través de las Fiscalías.

Por lo general ningún problema se está planteando en cuanto al desempeño de sus funciones por los Médicos forenses durante la instrucción del expediente, ya que emiten los correspondientes informes que se le solicitan respecto de las víctimas de hechos cometidos por menores de edad. Sin embargo, salvo en algunas Fiscalías en las que se les ha asignado específicamente un Médico forense, la gran mayoría de ellas carecen de esta asignación, acentuándose el problema durante la prestación del servicio de guardia, por lo que el Fiscal de guardia debe de contar con la colaboración del Forense del Juzgado de guardia de la capital, pero incluso dentro de las horas de audiencia del Juzgado de Menores, por lo que se ve obligado a una serie de traslados y a trabajar apresuradamente, lo que evidentemente se evitaría si cada Fiscalía de Menores tuviera asignados Médicos forenses.

## **PAGOS, DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES JUDICIALES.**

Regulado por el Real Decreto 1436/2001, de 21 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 34/1988 de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sitúa al Ministerio Fiscal en una posición relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos.

Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal por la Ley Orgánica 5/2000, aconsejan autorizar la apertura de cuentas de consignaciones y depósitos al Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que se considere necesario y las circunstancias que concurran en el procedimiento de instrucción, así lo requieran.

En su artículo único de este Real-Decreto, se añade un apartado 3º y 4º al art. 2 del Real-Decreto 34/88 de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, que queda redactado como sigue:

“3. Cuando en el curso de los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se estime preciso la apertura de una cuenta de depósitos y consignaciones a disposición de las Fiscalías, las personas autorizadas para la apertura y disposición de sus fondos serán, mancomunadamente, un representante del Ministerio Fiscal e indistintamente el Secretario judicial de la Fiscalía de Menores u Oficial habilitado de la Fiscalía o, en su caso, el Secretario judicial en funciones de auxilio a la Fiscalía dependiente del Juzgado de Menores

al que posteriormente corresponderá dictar sentencia y adoptar alguna de las medidas previstas en la Ley. Dicha cuenta llevará el nombre de la Fiscalía en cuestión, adicionado con la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones”.

En este punto hay que tener en cuenta la Sentencia de 10 de junio de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por el que se anula el art. 2,3 del Real Decreto 34/1998, de 21 de enero, por el que se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales, modificado por Real Decreto 1436/2001, de 21 de diciembre, anulación que se concreta a la locución reglamentaria “Oficial habilitado de la Fiscalía”.

El régimen de funcionamiento de estas cuentas será el mismo que el previsto en el presente Real Decreto para el resto de las cuentas de depósitos y consignaciones.

Cuando, en su caso el Fiscal remita los efectos y piezas al Juzgado de menores, por incoar y conocer éste del expediente de reforma, procederá transferir las partidas consignadas en la cuenta de la Fiscalía a la del Juzgado que haya de conocer”.

En este aspecto, hay que resaltar lo regulado en el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, y que pueden aparecer durante la prestación del servicio de guardia.

Así en su art. 1: “1. Queda prohibida la recepción material de dinero o cheque en los Juzgados o Tribunales, salvo las excepciones consignadas expresamente en esta norma o en leyes y disposiciones especiales.

Asimismo queda expresamente prohibida la utilización de cuentas distintas de las previstas en este Real Decreto para cumplir las finalidades a que éste hace referencia.

Los órganos judiciales que reciban u ocupen dinero o cheques los depositarán el mismo día con arreglo a los criterios establecidos en el presente Real Decreto. Cuando ello no fuera posible, por ser festivo o estar cerrada la Entidad en la que deba realizarse el depósito, éste se efectuará el primer día hábil siguiente a esa ocupación.”

Art. 5: “1. En el orden penal, la policía judicial ingresará en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” las cantidades intervenidas, poniéndolas a disposición de los órganos jurisdiccional competente cuando éste sea conocido,

2. Cuando no exista constancia del juzgado o Tribunal competentes las ingresará en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” abierta a nombre del Juzgado que esté de guardia, dejando como referencia el número de registro de la actuación policial.

3. En todo caso, conocido por el Juzgado de Guardia el órgano competente, le remitirá de oficio las cantidades recibidas, con indicación clara de los antecedentes, dejando de todo ello la oportuna constancia. La Secretaría del

Juzgado o Tribunal al que corresponda el conocimiento de las actuaciones policiales, tan pronto como reciba éstas, reclamará la transferencia a su cuenta de las cantidades intervenidas.”

Con posterioridad, y conforme al Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, establece en su Disposición adicional primera, relativa a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de las Secciones de Menores de las fiscalías, lo siguiente:

“ 1. En el marco de los procedimientos derivados de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 1 de enero, reguladora de la Responsabilidad de los Menores, existirá una Cuenta de Depósitos y Consignaciones a disposición de las secciones de menores de las fiscalías. Las personas autorizadas para la disposición de sus fondos serán indistintamente el fiscal delegado de la Jefatura para la Sección de Menores u otro fiscal designado por el fiscal jefe.

2. Esta cuenta llevará el nombre de la Sección de Menores de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de la Fiscalía Territorial correspondiente, adicionado con la denominación “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” y su régimen será el mismo que el previsto en este real decreto para las Cuentas de Depósitos y Consignaciones de órganos judiciales; las referencias que en el mismo se hacen en las diligencias judiciales deben entenderse hechas igualmente respecto de las diligencias del Ministerio Fiscal.

3. Cuando el fiscal remita los efectos y piezas al juzgado al concluir el expediente, se transferirán las cantidades depositadas en la cuenta de la sección de menores a la del juzgado de menores que deba conocer del mismo. En el supuesto de que no proceda la incoación de expediente, y una vez que el fiscal haya resuelto sobre el destino de las cantidades ingresadas en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, transferirá las mismas, si procede, a las cuentas del Tesoro Público que se contemplan en el art. 13 o a la Cuenta de Fondos Provisionalmente Abandonados del art. 14, o bien, pondrá a disposición a favor del legítimo titular en la forma prevista en el art. 12”.

Esta cuenta de Depósitos y Consignaciones, se han aperturado en caso todas las Fiscalías, con mucha posterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2000, en muchas de ellas casi un año después. Y una vez comunicada la entidad bancaria con que el Ministerio de Justicia tiene concierto, y el número de cuenta asignada, por parte de las Fiscalías se libraron los oportunos oficios a los distintos Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (Policía Nacional, Guardia Civil, Policía Local,...), para que en lo sucesivo cuando intervinieran alguna cantidad de dinero con relación a actuaciones relacionadas con los menores, fueran ingresadas en las cuentas señaladas.

De ahí, dada la confusión existente en los primeros momentos en la prestación del servicio de guardia, los Fiscales no podrán recibir ningún dinero intervenido a los menores, debiendo de unirse a los correspondientes atestados el resguardo acreditativo del ingreso efectuado.

A este respecto hay que tener igualmente en cuenta las Instrucciones 4/2003 y 3/2006 y la Nota Informativa 1/2006 sobre gestión de cuentas de depósitos y consignaciones judiciales; así como la Orden 1623/2007, de 4 de abril, por la que se aprueban los modelos de formularios de ingreso, de mandamientos de pago y de órdenes de transferencia, así como los requisitos que éstas han de reunir para su correcta recepción en las cuentas de depósitos y consignaciones judiciales, reguladas por el Real Decreto 467/2006 de 21 de abril.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

Fernando Gómez Recio. Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. 2002.

Eduardo de Urbano Castrillo. Investigación e instrucción en el nuevo proceso penal. 2002.

Avelino Fierro Gómez. La Instrucción. Diligencias de Instrucción.

Teresa Gisbert Jordá. Las Medidas Cautelares.

Eduardo de Urbano Castrillo y José Miguel de la Rosa Cortina. Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. 2001.

María Dolores Mayor Casado y Paloma González Castillo. Equipo Técnico y Lay: Evolución. Papel asignado y metodología. 2002.

Manuel Jesús Dolz Lago. Labor y funciones del Equipo Técnico. 2001.

Dolores Mayor Casado y Paloma González Castillo. Equipo Técnico y Lay: Evolución. Papel asignado y metodología. Septiembre 2002.

Lucía Montes Sánchez. Fase de Instrucción en el procedimiento de menores. LO 5/2000. 2002.

Alejandro María Benito López. La Segunda Instancia en la Jurisdicción de Menores. 2001.

Cándido Conde-Pumpido Tourón. La segunda instancia y la casación. 2001.

María Teresa Olavaria Iglesia. Escritos de alegaciones y fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de Menores, art. 30 a 34. 2001.

José Miguel de la Rosa Cortina. La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales.

Manuel Richard González. El nuevo proceso de menores.

Almudena Lastra de Inés. Seminario sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

Las Directrices de la Instrucción 2/2000 de la Fiscalía General del Estado. Fausto Cartagena Pastor.

- Instrucción 2/2000. Aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los Menores.
- Instrucción 2/2001, acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Circular 1/2000, de 18 de diciembre, sobre los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.
- Circular 2/2001. Incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores.
- Circular 3/2001. Actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- Memoria 2001 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.
- El futuro del Derecho penal juvenil europeo. Miguel Angel Cano Paños.

Málaga Julio 2007.