



**ESTUDIO DE PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES MÁS RELEVANTES
EN MATERIA DE REFORMA Y PROTECCIÓN DE MENORES**

José Javier Huete Nogueras

Fiscal de Sala Coordinador de Menores

**Curso: Seminario de especialización en menores: Responsabilidad penal y protección.
Novedades legislativas.**

Madrid, del 29 al 31 de marzo de 2017

SUMARIO

RESUMEN

1.- Introducción

2.- PRONUNCIAMIENTOS MAS RELEVANTES EN MATERIA DE REFORMA

2.1 Sentencias y Autos del Tribunal Constitucional

2.1.1 STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.1.1 Naturaleza de los Procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores

2.1.1.2 Principio de Seguridad Juridica

2.1.1.3 Principio de Igualdad

2.1.1.4 Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

2.1.2 STC 60/1995, de 16 de marzo de 1995 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.2.1 Derecho a un proceso con todas las garantías, en su aspecto del derecho a un Juez imparcial, consagrado en el art. 24.2 C.E.

2.1.3 STC 288/2000, de 27 de noviembre de 2000

2.1.3.1 Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: valor de las declaraciones prestadas por el menor ante el Fiscal de Menores

2.1.4 STC 243/2004, de 16 de diciembre del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.4.1 Delimitación del alcance y límite del Título Competencial invocado por el Legislador Autonomico

2.1.4.2 Definición de las Medidas correctoras de queden imponer los Jueces de Menores

2.1.5 ATC 275/2005 de 22 de junio de 2005 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.5.1 Principio de exclusividad jurisdiccional

2.1.5.2 Derecho al proceso con todas las garantías

2.1.5.3 Principio de imparcialidad del Fiscal

2.1.5.4 Principios de legalidad y seguridad jurídicas

2.1.6 STC 100/2006, de 30 de marzo de 2006 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.6.1 Infracción de los derechos reconocidos en el art. 24. 2 de la Constitución

2.1.7 ATC 33/2009, de 27 de enero de 2009 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.7.1 Principio de Seguridad Juridica

2.1.7.2 Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

2.1.8 STC 64/2011, de 16 de mayo de 2011 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional

2.1.8.1 Derecho a la igualdad ante la Ley

2.1.9 STC 146/2012, de 5 de julio de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.9.1 Derecho al proceso con todas las garantías

2.1.10 STC 160/2012, de 20 de septiembre de 2012 del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.10.1 Sobre la finalidad de las medidas en relación con el art. 25. 2 CE

2.1.11 STC 23/2016, de 15 de febrero de 2016 Sala Primera del Tribunal Constitucional

2.1.11.1 Tutela judicial efectiva de la acusación particular

2.2 Sentencias del Tribunal Supremo

2.2.1 STS 115/2003 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.1.1 Naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina

2.2.1.2 Ambito del recurso.

2.2.2 STS 699/2012, de 14 de septiembre de 2012 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.2.1 Régimen especial de determinación y ejecución de las medidas del art. 10.2 de la LORPM 2.2.3

STS 74/2014 de 12 de Febrero de 2014 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.3.1 Régimen especial de cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado del art. 10.2 de la LORPM

2.2.4 STS 745/2008 de 25 de noviembre de 2008 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.4.1 Problemática sobre la aplicación del art. 4.2 LORPM

2.2.5 STS 62/2013 de 20 de enero de 2013 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.5.1 Competencia judicial. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ)

2.3 De Audiencias Provinciales

2.3.1 PRESCRIPCION

2.3.1.1 Se entiende, de conformidad con la Circular 9/2011 de la FGE, que aún después de la reforma del art. 132.2 del CP por LO 5/2010, el decreto de incoación del expediente dictado por el Fiscal, constituye el primer acto interruptivo de la prescripción. Ese decreto del Fiscal, en cuanto instructor, es plenamente equiparable a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132.2 del Código Penal

2.3.1.2 El decreto de incoación de expediente del Fiscal no interrumpe la prescripción, pero sí el “auto de incoación de Rollo” del Juzgado de Menores.

2.3.1.3 Necesidad de una resolución judicial motivada para la interrupción. No interrumpe ni el Decreto del Fiscal incoando el expediente ni la resolución del Juez de Menores incoando “diligencias de trámite”.

2.3.1.4 No se considera como resolución motivada apta para la interrupción de la prescripción ni el auto de incoación de expediente, ni el auto de apertura de audiencia en este caso, sino la sentencia.

2.3.2 ACUSACION PARTICULAR

2.3.2.1 Sobreseimiento

2.3.2.1.1 Es facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la solicitud de desistimiento conforme a los requisitos del art. 19 LORPM sin que la acusación particular pueda interferir en dicha decisión.

AAP Barcelona, sec. 3ª, A 31-10-2012, nº 1014/2012, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

2.3.2.1.2 La acusación particular no tiene intervención y su oposición no tiene efectos

AAP Barcelona secc. 3ª nº 668/2011, de 21 de septiembre Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

2.3.2.2 Apertura de la fase de Audiencia: No puede abrirse la fase de audiencia a instancias únicamente de la acusación particular

AAP Jaén secc. 1ª nº 34/2011, de 9 de febrero. Ponente Elena Arias Salgado Robsy

2.3.2.3 Obligación del Juzgado de dar traslado a la acusación particular de la petición de sobreseimiento del Fiscal antes de acordarlo

AAP Barcelona secc. 3ª nº 551/2011, de 27 de julio Pte: Grau Gasso, José

2.3.2.4 Posibilidad de personación de la acusación particular aún con posterioridad a los escritos de alegaciones de Fiscal y Defensa

AAP Madrid secc. 4ª nº 144/2010, de 23 de julio Pte: Molina Marín, Josefina

3.- PRONUNCIAMIENTOS MAS RELEVANTES EN MATRIA DE PROTECCION

3.1 Del Tribunal Constitucional

3.1.1. Derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y asistencia de letrado y a la tutela judicial efectivas

STC 71/1990, de 5 de abril de 1990 Sala Primera

3.1.2 Derecho de audiencia bilateral

STC 143/1990, de 26 de septiembre de 1990 Sala Primera

3.1.3 Desamparo. No escolarización. Pertenencia de los padres a una "secta"

STC 260/1994 de 3 de octubre de 1994 Sala Primera

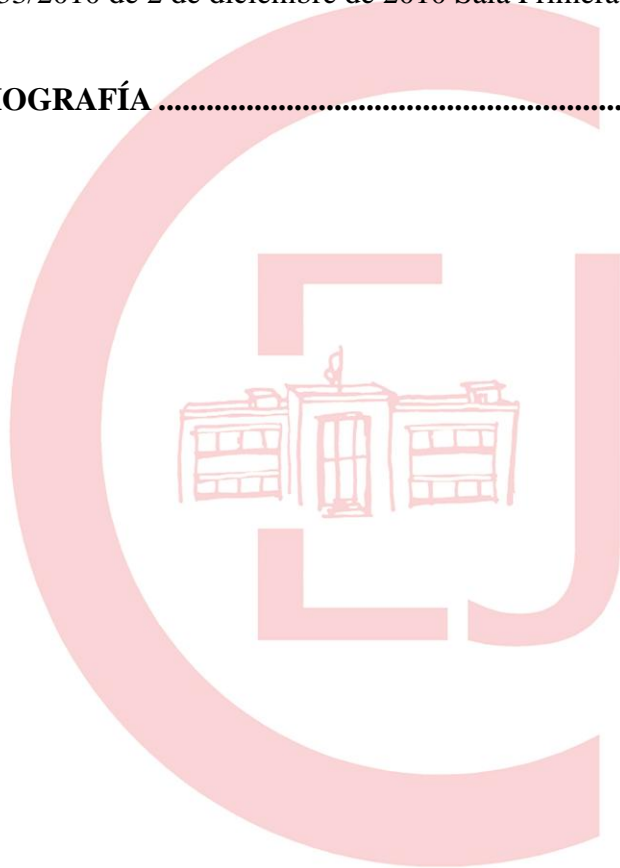
3.1.4 Audiencia del menor en procesos de familia

STC 163/2009 de 29 de junio de 2009 Sala Segunda

3.1.5. Escolarización obligatoria

STC 133/2010 de 2 de diciembre de 2010 Sala Primera

BIBLIOGRAFÍA 44



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

El presente trabajo aborda un análisis de las resoluciones jurisprudenciales relevantes en materia de reforma de menores y una breve referencia a las dictadas en materia de protección de menores por el Tribunal Constitucional.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1. INTRODUCCIÓN

Al abordar el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en materia de reforma y protección de menores, forzoso es hacer una breve referencia al actual modelo de Justicia Juvenil, y con ello nos hemos de situar en el marco del cambio de sensibilidad hacia la infancia y cuanto la rodea que se ha operado en los últimos 140 años y que viene caracterizándose por una particular atención a la importancia que los primeros años de la vida tienen en el desarrollo ulterior de la personalidad y por una nueva actitud hacia los valores de la persona en su etapa infantil y juvenil.

Este proceso general, en el ámbito jurídico, ha conducido a “revalorización del menor en su calidad de persona”, en su acepción más trascendente y no sólo en su dimensión jurídica de titular de derechos.

Desde un inicial punto de partida que dispensaba un tratamiento tuitivo de los niños, representado por la actuación de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores, poco a poco se ha impuesto el criterio de reorientar su protección para conferirles, a partir de la adolescencia, el reconocimiento de su condición de persona en evolución junto a la capacidad de participar progresivamente en la determinación de su propio interés.

Todo ello ha tenido una primera incidencia en el desarrollo de los derechos vinculados a la personalidad, especialmente regulados en relación con los menores (Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, suscrita por España en 1999), LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica de los Menores (en adelante LOPJM), LO 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia...); también se ha manifestado en el énfasis de los aspectos afectivos, emocionales o psicológicos de los derechos e intereses de los menores que no se limitan al bienestar meramente material, y que ahora se estiman primordiales.

Donde con mayor énfasis se ha concretado la consideración del niño como sujeto de derechos ha sido en la progresiva implantación en el ámbito de la Justicia Juvenil del “modelo de los derechos” o “modelo de responsabilidad”. Superando anteriores planteamientos tutelares o de seguridad, en los que se otorgaba protección y tutela coactivos a los menores infractores sin el correlativo reconocimiento de sus garantías y derechos como imputados en la comisión de delitos o faltas, los modernos sistemas de Justicia Juvenil desarrollados en el último cuarto del pasado siglo, se caracterizan por el reconocimiento específico de los derechos del menor en sus relaciones con la Administración de Justicia, y se orientan al aseguramiento de su desarrollo personal bajo el criterio de la prevalencia de su superior interés. No se trata sólo de eliminar, por supuesto, la pena de muerte o las penas crueles y degradantes, sino de que, también las medidas privativas de libertad se conciban como el último recurso, que su imposición lo sea por el tiempo mínimo necesario y que se limiten a aquellos supuestos excepcionales, respetándose siempre la dignidad y las necesidades propias de la edad del afectado. La regla general se oriente hacia aquellas medidas de carácter socio-educativo, carentes de efectos retributivos y dotadas de un contenido positivo acorde con el interés del menor.

Es necesario destacar, como veremos posteriormente que se los pronunciamientos jurisprudenciales también lo hacen, la relevancia de la Convención de Derechos del Niño de 1989 la misma ha supuesto algunas novedades relevantes:

1º No es un texto meramente declarativo de principios, sino directamente vinculante para los Estados que lo suscriben (art. 39.4 CE). En sus Orientaciones Generales y en su examen de los informes de los Estados Partes, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, ha subrayado que el principio del interés superior del niño debe incorporarse en los programas y políticas nacionales relacionados con la infancia, así como en las actividades parlamentarias y administrativas a nivel nacional y local, y en especial, los relativos a las asignaciones presupuestarias. De esta manera, la valoración de las repercusiones sobre los niños y la integración de los resultados en las leyes, las políticas y las prácticas, se convierten en una obligación política de los Estados, que es lo que ha inspirado la promulgación de la LO 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia y en la Ley 26/2015 de 28 de julio del mismo nombre, la LO 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

2º Abandona definitivamente las declaraciones tuitivas, asumiendo íntegramente que el niño es titular de derechos¹.

El art. 40.1 de la Convención consagra el derecho de todo niño en conflicto con la ley *“a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”*.

A partir de tales consideraciones generales, abordamos el estudio de los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes en materia de reforma y protección de menores desde la perspectiva de las resoluciones del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales, en algunos aspectos concretos.

2. PRONUNCIAMIENTOS MAS RELEVANTES EN MATERIA DE REFORMA

2.1 Del Tribunal Constitucional

2.1.1 [STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

Se planteó Cuestión de inconstitucionalidad sobre el texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, en su totalidad , por el Juzgado de menores de Tarragona en el mes de mayo de 1988, y a la misma se acumularon otras cuestiones de constitucionalidad plateadas en diciembre de 1989 por el Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona; en marzo de 1990 por el

¹HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. (“El niño y los derechos humanos” en “Los derechos de los niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Dykinson 2007. Se sostiene aquí que la Convención termina con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo.

Juzgado de Menores núm. 3 de Madrid; en junio de 1990 por el Juzgado de Menores núm. 4 de Madrid y en agosto de 1990 por el Juzgado de Menores de Oviedo.

Aunque todas las cuestiones de inconstitucionalidad partían de que el procedimiento para la corrección de menores tiene las características de un proceso y coinciden en lo sustancial de sus argumentos, sin embargo el alcance era muy diferente pues, en algunas se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, esto es, tanto de la Ley (en lo sucesivo, L.T.T.M.) como del Reglamento, mientras que otras se centran sobre artículos concretos.

La sentencia aborda separadamente distintos aspectos relevantes:

2.1.1.1. Naturaleza de los Procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores:

El primero de los aspectos que aborda esta sentencia hace referencia a la naturaleza del Procedimiento que se sigue en los Juzgados de Menores, y lo hace porque la Abogacía del Estado sostenía que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales y los procedimientos en los que se plantean las diferentes cuestiones por los Jueces de Menores, por el contrario, no son verdaderos procesos, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar, y por ende, no permiten promover cuestiones de inconstitucionalidad.

El Pleno del Tribunal Constitucional afirma con rotundidad que se trata de e un proceso seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser apeladas ante la Audiencia Provincial respectiva (art. 82.3 L.O.P.J.) y que se sigue ante órganos con potestad jurisdiccional, pues los Jueces de Menores son conforme a nuestra legislación vigente miembros integrantes del Poder Judicial.

A diferencia de lo establecido en el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948, que convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos-jurisdiccionales, que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia, ya el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, posibilitó al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores, finalmente La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, incardina a los Tribunales Tutelares de Menores, que son sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial, y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26), correspondiéndoles «el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes» (art. 97). aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de Menores, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de junio de 1987). También la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, ha determinado la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, que tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.

Por lo tanto, no cabe ninguna duda, que los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, siendo los Juzgados de Menores, Juzgados ordinarios y especializados.

Rechaza la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad frente a toda la legislación de menores, en su conjunto, o en gran parte de su articulado, y tampoco admite como planteamiento lícito cuestionar el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en la medida en la que contiene, junto a normas de rango legal, otras que no pueden ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad por no tener rango de ley, circunscribe su análisis a la posible inconstitucionalidad de los arts. 15, 16, 18 y 23 L.T.T.M., en lo referente exclusivamente al ámbito corrector.

Y ya en el ámbito del análisis del procedimiento establecido en el artículo 15 L.T.T.M., se centra el Pleno en el estudio de la naturaleza del procedimiento sobre la base de una premisa: que La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, C.D.N.) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso «se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales» se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual «se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales».

Concluye el Pleno del Tribunal Constitucional indicando que operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el art. 15 L.T.T.M. no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3 b) C.D.N., sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales. De ahí que del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.), como de la C.D.N. resulte inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar.

2.1.1.2 Principio de Seguridad Jurídica

Se denuncia la infracción del principio de seguridad indicando en referencia al art. 15 L.T.T.M. Y al respecto señala el Pleno del Tribunal Constitucional que la regulación que contempla el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal ni de Abogado defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio

Juez el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas.

2.1.1.3 Principio de Igualdad

También se denuncia la violación del principio de igualdad por la existencia de dos formas procesales distintas: una para los menores y otra para los adultos.

El Pleno del Tribunal Constitucional rechaza de plano la existencia de tal violación destacando la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal. (Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 29 de febrero de 1988; caso Bouamar²).

2.1.1.4. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

El Pleno del Tribunal Constitucional afirma la incompatibilidad del 15 L.T.T.M. con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 C.E., en cuanto dicho precepto excluye rotundamente la aplicación de «las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones» y, en consecuencia, es superfluo enumerar uno por uno los mencionados derechos fundamentales, que establecen, entre otras cosas, los principios básicos que las «reglas procesales vigentes» deben incorporar. Quizá proceda sólo precisar, puesto que ello no deriva prima facie de la letra del precepto constitucional, que también el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial, y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación.

Y se afirma que esta palmaria discordancia entre el procedimiento configurado por el art. 15 L.T.T.M. y los derechos fundamentales que garantiza el art. 24 C.E. permite sostener su inconstitucionalidad de aquél, en tanto que debiendo acomodarse a los derechos fundamentales que a todos garantiza la Constitución en relación con el proceso, no lo hace, porque se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), y no tiene una naturaleza distinta, y no tanto por la naturaleza de las infracciones que lo originan y de las medidas que a su término se imponen, sino porque a la luz de lo dispuesto en los Tratados y Convenios a los que se refiere el art. 10.2 C.E. los derechos que en el mismo se enuncian deben reconocerse también a los menores sujetos a un procedimiento corrector ante un Juzgado de Menores. Y así, esta obligación se establece en el art. 40.2 b) C.D.N., según el cual, a «todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente:

- i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.
- ii) Será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.
- iii) La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere

²<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164752>

contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.

iv) No será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial...».

Por lo tanto, interpretado de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de «las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones» ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

2.1.2 [STC 60/1995, de 16 de marzo de 1995](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, destaca que la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, al declarar inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, hace necesaria la regulación de un proceso ante los Juzgados de Menores que, no obstante sus especialidades por razón de los sujetos del mismo, disponga de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional.

La finalidad de la Ley no es otra que atender a esa necesidad pretendiendo establecer un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a los menores que hayan realizado hechos susceptibles de ser tipificados como infracciones penales, pero siempre sobre la base de valorar especialmente el interés del menor. Y para ello dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador, al que se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir y establece, igualmente, un límite temporal a la duración de la medida de internamiento, la posibilidad de suspender el fallo y la de revisar las medidas impuestas, en atención a la evolución de las circunstancias del menor.

Tras la publicación de la ley, el Juzgado de Menores de Vitoria, plantea cuestión de inconstitucionalidad a respecto a la nueva redacción que dicha ley da al art. 15.1 de la Ley de los Tribunales de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, denominada por la Ley impugnada Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (L.O.R.C.P.J.M.) y el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia contra las reglas 13ª, 14ª, 15ª, 16ª y 17ª del mismo art. 15.1.

El Pleno del Tribunal Constitucional acota el análisis de ambas cuestiones inconstitucionalidad que acumula señalando que en realidad el objeto material de las presentes dudas de inconstitucionalidad se contrae al de las reglas 2ª, 5ª y 6ª del art. 15.1, que contemplan la posibilidad de que el Juez de Menores pueda disponer resoluciones limitativas de los derechos fundamentales del menor contra quien se dirige el procedimiento o practicar la comparecencia previa a la audiencia y ese mismo Juez pueda, además, conocer de la fase de enjuiciamiento y de decisión, facultades todas ellas que, en opinión de los Jueces proponentes, podrían conculcar los derechos fundamentales al Juez legal imparcial y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución.

Aborda la sentencia las siguientes cuestiones:

2.1.2.1 Derecho a un proceso con todas las garantías, en su aspecto del derecho a un Juez imparcial, consagrado en el art. 24.2 C.E.

El Pleno del Tribunal Constitucional aborda en primer lugar, la naturaleza del procedimiento de menores a los efectos de determinar si puede asimilarse a la del proceso penal, a los efectos de mantener la exigencia del principio acusatorio al tradicionalmente denominado procedimiento "reformador" de menores, y se remite a la STC 36/1991, sin perjuicio de resaltar que "no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos". Y es que, tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es el caso de la "publicidad" del juicio oral, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones, si bien en la referida STC 36/1991 se afirmaba con claridad que "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el juez mismo asuma la acusación".

Estima el Tribunal que, al abordar esta cuestión, esto es, si se produce una auténtica acumulación, en un mismo órgano jurisdiccional, de funciones instructoras con las de enjuiciamiento, la asunción por el Juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el Juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor. Y el análisis de la reforma operada por la L.O. 4/1992 pone de relieve que su finalidad radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada STC 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio, para lo cual se separan las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de Menores, de forma que con este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no solo no se contraviene sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un procedimiento reformador que, como es el caso del de menores, con anterioridad a la L.O. 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo.

Las objeciones a ello, se plantean porque se contemplan en la ley la posibilidad del Juez de Menores, de acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, ya que el Fiscal ha de "solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo" (art. 15.1.2ª) y, a este mismo Juez le corresponde "la adopción de medidas cautelares" y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1. 5ª).

Observa, no obstante el Tribunal que realmente se trata de actos que no puede realizar el Ministerio Fiscal, que no son actos de investigación o de instrucción sino, exclusivamente limitativos de derechos fundamentales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4, 117.3 y 4, 53.2) y que por ello mismo, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.

Con ello destaca el Tribunal, que no existe correspondencia con el modelo clásico del Juez Instructor, en punto al internamiento cautelar ya que solo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, lo que unido a la designación de Abogado, que deviene preceptiva, implica que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un "Juez instructor" (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un "Juez de la libertad" o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, (Caso Hauschildt, Sentencia de 24 de mayo de 19893 y caso Saint-Marie, Sentencia de 16 de diciembre de 19924), según la cual, cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público-instructor, la acusación y la defensa.

Y, en cuanto a la segunda objeción, esto es, la intervención del Juez de Menores en la "comparecencia" prevista en la regla sexta del art. 15.1, ello no compromete la imparcialidad del juez porque:

- La finalidad de esa comparecencia previa se constriñe a determinar la concurrencia o no de los presupuestos que posibilitan la apertura de la audiencia principal (regla 7ª del art. 15.1 en relación con la 11ª del mismo precepto), por ello su naturaleza jurídica es la propia de la denominada "fase intermedia" del proceso penal, esto es, una vez concluida la instrucción, y ya enmarcada dentro de la fase de juicio oral, sin que exista obstáculo alguno a la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la del juicio oral (en el proceso penal ordinario para delitos graves: arts. 622 y ss. de la L.E.Crim.), lo que no implica asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras ya que, por haberse concluido ya la instrucción, solo se realizan funciones de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y la de su efectiva realización.

³<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164742>

⁴<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164619>

- Además, en esa comparecencia previa se trata de posibilitar, tanto el ejercicio del derecho a la autodefensa o defensa privada del menor, como el de la defensa pública o técnica de su Abogado defensor.

2.1.3 [STC 206/2003, de 1 de diciembre de 2003](#) Sala Primera

Aborda la sentencia las siguientes cuestiones:

2.1.3.1 Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia: valor de las declaraciones prestadas por un menor ante el Fiscal de Menores

Se suscita ante el Tribunal Constitucional la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que la prueba de cargo en la que se sustenta la condena, concretamente, las declaraciones de un menor, copartícipe en los hechos, ante la policía y ante el Fiscal de Menores, no puede considerarse válida, dado que no se trata de diligencias sumariales, al no haberse prestado en ningún momento ante el Juez, y que en su práctica se vulneró la garantía de contradicción, no siendo posible su incorporación al acto del juicio oral y que al fundarse en ellas la condena se vulnera la presunción de inocencia.

La declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor, siendo la posición institucional del Ministerio Fiscal muy distinta de la de la policía, porque se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los arts. 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto, y que conforme al mismo -art. 5-, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad.

Por ello el Tribunal Constitucional establece las siguientes consideraciones:

a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad.

c) Los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos mayores de edad, pero "la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y

efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

En tales términos, el Tribunal Constitucional admite la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, "el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas" (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas), pero al tratarse del testimonio de un copartícipe en los hechos, su validez como prueba de cargo estará subordinada a la existencia de una mínima corroboración, sin la cual no puede hablarse de base probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), exigencia que puede considerarse cumplida en el presente caso, dado que la Sentencia de instancia cita como elementos de corroboración la posesión por los acusados de ciclomotores similares a los usados en el atraco y que el recurrente pintó el suyo de otro color, sin duda para no ser reconocido.

2.1.4 [STC 243/2004, de 16 de diciembre de 2004](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

Aborda el Tribunal la Cuestión de Inconstitucionalidad planteada respecto de determinados preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, y específicamente, conforme se indica en el art. 1.1, la Ley cuestionada, en relación con la ejecución de las medidas acordadas por los Jueces de Menores en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, desde la perspectiva denunciada de haber invadido la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE), además, haber ignorado el título competencial exclusivo sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE), conectado con la reserva de Ley Orgánica del art. 81 CE y con la igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

La normativa legal de referencia indicada, esto es la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, pendiente la referida cuestión de inconstitucionalidad, ya ha sido sustituida por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, objeto de posteriores reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre, y 15/2003, de 25 de noviembre, pese a lo cual, tales modificaciones legislativas no alteraban los términos de la controversia competencial que subyace en el recurso.

La sentencia aborda separadamente dos aspectos:

2.1.4.1 Delimitación del alcance y límite del Título Competencial invocado por el Legislador Autonómico.

La Ley del Parlamento Balear señalaba el art. 10.35 EAIB, conforme al cual la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ostenta competencia exclusiva en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores", título al que también se hace referencia en la Ley del Parlamento de las Illes Balears 7/1995, también de 21 de marzo, de guarda y protección de menores desamparados, si bien debe recordarse que desde la STC 36/1991, de 14 de febrero, los Tribunales Tutelares de Menores, que fueron calificados por el Tribunal Constitucional como "híbridos administrativos jurisdiccionales", fueron sustituidos por los Juzgados de Menores a los que corresponde "el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes" (art. 97 LOPJ), y a los cuales la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, descargó de toda actividad en la denominada "función protectora" de los menores.

Así centra el Tribunal Constitucional el análisis de las relaciones entre la competencia exclusiva autonómica sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores" y la legislación penal y penitenciaria, que son sectores del ordenamiento jurídico que, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE, se sitúan por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.

En este punto, se indica por el Tribunal Constitucional, que aunque en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación de "elementos sancionadores y [re]educativos" (STC 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4), que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al "interés superior" del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y que de conformidad con la normativa internacional, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, o "Reglas de Beijing" de 28 de noviembre de 1985, ponen de relieve la preponderancia de los aspectos atinentes a la integración y reinserción social de los menores es lo que explica la mayor extensión de las competencias autonómicas en el ámbito al que se hace referencia, sin embargo, la intervención de las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, que es el aspecto específicamente regulado en la Ley cuestionada, aun cuando se afirma que dicha intervención no debe agotarse insoslayablemente en la ejecución material de las medidas judicialmente acordadas sino que podrá extenderse a cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad, especialmente mediante el diseño de programas y actuaciones, de carácter eminentemente educativo y responsabilizador, que apoyen los procesos individuales de reinserción, las competencias estatales del art. 149.1.6 CE no actúan como presupuesto habilitante de la función ejecutiva a desarrollar por las Comunidades Autónomas sino como límite de su acción normativa, concluye el Tribunal Constitucional indicando que al tratarse en la ley autonómica cuestionada de la regulación de los requisitos que determinados actos, la reparación o compromiso de reparación del daño y la conciliación entre el menor y la víctima, deben reunir para que el proceso no concluya mediante sentencia en la que, llegado el caso, se impongan al menor medidas de contenido educativo-sancionador, cuando se trata de requisitos que no figuraban en el art. 2.2.6 de la

Ley Orgánica 4/1992, precepto que ni tan siquiera hacía mención a la conciliación, ni se han incluido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se trata de un supuesto en el que se decide el ejercicio de la acción penal, de lo que resulta con claridad la naturaleza procesal de cuantas medidas puedan determinar el sentido de tal decisión y la consiguiente limitación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en este punto, sin que existan particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que, al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE, permitan al Parlamento de las Illes Balears introducir en su ordenamiento este tipo de normas, todo ello es determinante de la decisión del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de estos preceptos legales por invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal.

2.1.4.2 Definición de las Medidas correctoras de queden imponer los Jueces de Menores

Las medidas correctoras que pueden acordar los órganos jurisdiccionales integrantes de la justicia de menores representan las consecuencias jurídicas diseñadas por el legislador para el menor infractor. Toda vez que conllevan una privación o restricción de bienes jurídicos, resulta indiscutible la incardinación constitucional de la definición de su contenido en el ámbito de la legislación penal, y por tal razón, los preceptos legales que incorporan una determinación del contenido de las medidas, en cuanto incorporan una especificación de la carga aflictiva de la resolución cuya ponderación está reservada al legislador estatal en virtud del art. 149.1.6 CE, son declarados por el Tribunal Constitucional como contrarios al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias, máxime cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad, porque se trata de un ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del art. 81.1 CE (por todas, STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2), y ello ocurre con respecto de las medidas reguladas en el art. 7 de la Ley autonómica, que implican todas ellas privación de libertad, en las que la definición que el legislador autonómico ha hecho de su contenido, prestando especial atención a las obligaciones que conllevan para el menor infractor, representa una intromisión en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal.

2.1.5 [ATC 275/2005, de 22 de junio](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

El Tribunal acuerda la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad que uno de los Juzgados de Menores de Valencia planteaba sobre diversas disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) en concreto sobre los arts. 18 (desistimiento por el Ministerio Fiscal), 61.1 y 64 (Acción de Responsabilidad civil y tramitación de la misma)

Los aspectos analizados pueden resumirse de la siguiente manera:

2.1.5.1 Principio de exclusividad jurisdiccional

Se considera que se vulnera el principio de exclusividad jurisdiccional por la posibilidad contemplada en el art. 18 LORPM de desistimiento del Fiscal sin control judicial, si bien destaca el Tribunal que se plantea una duda abstracta de inconstitucionalidad carente de relevancia para la resolución de la pieza de responsabilidad civil, tal y como esta pieza está configurada en la Ley 5/2000, dado que, precisamente, dicha pieza goza de absoluta

autonomía respecto de la principal, esto es, respecto del expediente cuyo objeto es la pretensión punitivo-educadora, tal como se desprende de los arts. 18 y 64 LORPM.

Y, precisamente, del carácter autónomo de ambas piezas, principal y de responsabilidad civil, deriva directamente que el cuestionamiento efectuado por el Juzgado de Menores respecto de la existencia de desistimiento sin control judicial carezca de relevancia a los efectos de la resolución de la pieza de responsabilidad civil, pues el resultado del enjuiciamiento de la pretensión de responsabilidad civil que se sustancia en dicha pieza no depende en absoluto de la eventual declaración de inconstitucionalidad del desistimiento del fiscal por carecer éste de control judicial, la cual tendría efectos exclusivamente en la responsabilidad penal de los menores, pero no en la eventual declaración de responsabilidad civil de los mismos.

2.1.5.2 Derecho al proceso con todas las garantías

Se cuestiona, como vulnerador del derecho al proceso con todas las garantías el hecho de que sea posible el conocimiento de la responsabilidad civil por el Juzgado de Menores, incluso cuando no se substancie la pieza principal ante él por haber desistido el Fiscal del ejercicio de la acción punitivo-educadora.

Considera el Tribunal que aún en tal caso, ello no tiene como consecuencia la limitación de la cognición del órgano judicial respecto de la responsabilidad civil, pues el Juzgado de Menores debe determinar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, la realización de un hecho que reviste los caracteres de ilícito penal y su comisión o no por los menores, y el daño. Es más, la autonomía e independencia de la substanciación de la pieza de responsabilidad civil supone que, aun cuando se incoe el expediente principal, la pieza de responsabilidad civil se sustancia de forma paralela e independiente, siendo necesario, por ello, que en esta pieza tengan lugar las fases de audiencia, alegación y prueba, así como que en la Sentencia que se dicte se efectúe la declaración de la realización de hechos constitutivos de infracción penal, de la comisión del hecho por los menores y la determinación del daño; todo ello, se ha de insistir, siempre de forma independiente y autónoma respecto de lo efectuado en el expediente principal (arts. 61 y 64 LORPM).

La substanciación de esta pieza se efectúa, además, garantizando los principios de contradicción y audiencia de las partes, y de la prohibición de indefensión, pues dichas reglas rigen en todo tipo de procesos, y específicamente en la configuración legal de esta pieza en el art. 64 LORPM. Por consiguiente, es notoriamente infundada la cuestión relativa a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.1.5.3 Principio de imparcialidad del Fiscal

Recuerda el Tribunal que la imparcialidad del art. 124.2 CE se refiere a la forma en que el Ministerio Fiscal “ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad” y no puede confundirse con la garantía de imparcialidad judicial anudada al derecho a un proceso con todas las garantías, que constituye un derecho reconocido en favor de los ciudadanos (ATC 460/1983, de 13 de noviembre).

La imparcialidad del Fiscal constituye cuestión ajena a la asignación específica de una determinada competencia, en el caso para instar la acción civil en sustitución de los perjudicados. Como declaró este Tribunal en la STC 56/1994, de 24 de febrero (FJ 3), corresponde al legislador determinar cuáles sean los derechos de los ciudadanos y el interés público en cuya defensa ha de actuar el Ministerio Fiscal. La reparación de los daños causados por un hecho que podría ser constitutivo de infracción penal puede perfectamente calificarse de interés público, pues se trata de restablecer la situación fáctica alterada mediante la infracción del Ordenamiento, y, constituye una forma más de defender los derechos de los ciudadanos. De la configuración del ejercicio de la acción civil por el Fiscal en los arts. 61 y 64 LORPM en absoluto deriva que el Fiscal actúe sujeto a las instrucciones de los perjudicados, con pérdida de su independencia e imparcialidad, pues la legitimación del Fiscal para dicho ejercicio tiene carácter subsidiario respecto de la de los perjudicados, tal como establece el art. 61.1 LORPM.

2.1.5.4 Principios de legalidad y seguridad jurídicas

Frente al planteamiento que considera que los arts. 61 y 64 LORPM vulneran los principios de legalidad y seguridad jurídicas consagrados, en los arts. 9.3, 25.1, 24 y 117.3 CE porque, la regulación del procedimiento en el que se sustancia la pieza de responsabilidad civil es incompleta, genérica, imprecisa e indeterminada, de tal forma que genera dudas y confusiones insuperables para sus destinatarios, siendo, por consiguiente, imprevisibles sus consecuencias, el Tribunal afirma que no cabe afirmar que las disposiciones contenidas en los arts. 61 a 64 LORPM vulneren los principios de legalidad y seguridad jurídicas en relación con la predeterminación legal del proceso, pues en dichos preceptos se concretan los elementos esenciales de substanciación de la pieza de responsabilidad civil, y dado que las disposiciones se integran en un sistema jurídico en cuyo marco se interpretan, las eventuales lagunas pueden colmarse con la aplicación de las leyes supletorias, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta las garantías procesales inherentes al derecho al proceso debido (art. 24.2 CE) y el principio que ha de regir este tipo de procedimientos, el interés del menor.

2.1.6 [STC 100/2006, de 30 de marzo](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

2.1.6.1 Infracción de los derechos reconocidos en el art. 24. 2 de la Constitución

Se cuestiona la constitucionalidad de las reglas 7 (párrafo primero) y 9 del art. 15.1 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores (LOJM), en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por posible infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

La cuestión se concreta en cuanto a la posibilidad de imposición de la sanción de amonestación sin trámite de audiencia, destacando el Tribunal que el órgano judicial entiende que la medida de amonestación no puede imponerse en ningún caso sin un trámite de audiencia; trámite por el que puede perfectamente optar en virtud, justamente, de la propia

regla 7 que aquí cuestiona. En efecto, dicha regla permite que el Juez amoneste al menor en la fase de comparecencia que tiene lugar durante la tramitación del expediente o que, concluido el expediente, le imponga esa misma medida tras la celebración de una audiencia. La regla 7 del art. 15.1 LOJM hace posible, ciertamente, que el Juez acuerde, inter alia, la celebración de una audiencia, de manera que está en su mano evitar el efecto -inconstitucional, en opinión del Juzgado proponente- de la imposición de una medida de amonestación sin apurar previamente ese trámite. El expediente puede también concluir sin que se adopte ninguna de las decisiones referidas en la regla 7, supuesto en el cual el Ministerio público, por así disponerlo la regla 8, debe elevar al Juzgado, con el expediente, un escrito de alegaciones en el que ha de solicitar la adopción de alguna de las medidas ya contempladas en la regla 7. Y de conformidad con la regla 9, también cuestionada, si la medida solicitada por el Fiscal es la de amonestación, “el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda”, siendo evidente que el Juez puede denegar la medida interesada por el Ministerio público y, por tanto, ordenar el trámite de audiencia. En definitiva, pues, y como alega el Abogado del Estado, el órgano judicial puede perfectamente alcanzar por sí mismo el resultado que, de estimarse su cuestión, se seguiría de la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuyo juicio nos demanda.

El sistema normativo en el que se insertan los preceptos cuestionados permite que el órgano judicial celebre en todo caso la audiencia que, en el sentir del Juzgado proponente, es inexcusable para la mejor garantía de los derechos del menor. Respecto a la cláusula 9 el término debe entenderse con carácter potestativo y por tanto el Juez puede decidir libremente si abre o no el trámite de audiencia. Así las cosas, cuestionar la constitucionalidad de la regla 7 del art. 15.1 LOJM (redactado por la Ley Orgánica 4/1992) cuando no se está en la obligación de aplicarla es tanto como hacer de la cuestión un instrumento de control abstracto de la constitucionalidad de la ley, desligado por completo de las necesidades del caso concreto de cuya resolución se trata en el proceso a quo. La cuestión de inconstitucionalidad “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1).

Sin desvincularse de la legalidad a la que se debe, el Juzgado de acuerdo con la regla 9 del art. 15.1 LOJM puede celebrar la audiencia que considera inexcusable, y no precisa, por ello, ser dispensado de la aplicación de la regla 7 del art. 15.1 por medio de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

2.1.7 [ATC 33/2009 de 27 de enero](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

Se considera que la posibilidad, contemplada en el art. 51.1 LORPM de imponer una medida más grave que la acordada en Sentencia durante la ejecución de ésta vulnera el principio de seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

2.1.7.1 Principio de Seguridad Jurídica

Destaca el Tribunal que no se aprecia vulneración alguna de las dos vertientes del principio de seguridad jurídica indicadas en la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11. Siendo obvio a este respecto que ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde

la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma, debemos añadir que tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el art. 50.2 LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales.

De modo que sólo cuando ha mediado el previo incumplimiento de la medida acordada en Sentencia queda facultado el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y previa audiencia del Letrado, del representante legal del menor y del equipo técnico, para sustituir la medida inicial por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para el completo cumplimiento de aquélla. La excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo. Nótese, por otro lado, que esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad, permite concluir que el precepto legal cuestionado no incurre en desproporcionalidad, bien se analice con la concreta perspectiva de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica, bien se enjuicie con la correspondiente a las garantías procesales del art. 24 CE.

2.1.7.2 Derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

Señala el Tribunal que no forma parte de la doctrina elaborada por el propio Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de éstas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones.

Lo que se cuestiona ahora es la definición misma de dichos límites. Y ello se hace respecto de unos pronunciamientos cuya singularidad ya se ha reiterado por el Tribunal anteriormente, cuando destaca que la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del ius puniendi de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego. No se advierte, en conclusión, que la supeditación de dicha sustitución de la medida inicial a un procedimiento como el perfilado en el art. 50.2 LORPM resulte de suyo vulnerador del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, ni contradiga la doctrina sintetizada en la STC 234/2007, de 5 de noviembre.

2.1.8 [STC 64/2011, de 16 de mayo de 2011](#) Sala Primera del Tribunal Constitucional

De las diversas cuestiones que se planteaban el Tribunal solo admitió la referida al derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), por haberse tramitado el procedimiento conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad

penal de los menores (en adelante, LORPM), que establece un régimen diferenciado al de la responsabilidad penal de los adultos.

2.1.8.1 Derecho a la igualdad ante la Ley

Frente a la alegación referida a que el procedimiento sobre responsabilidad penal del menor dispensa un distinto tratamiento respecto del previsto para la responsabilidad penal de los adultos que se extiende a muy diversos aspectos como son la determinación del órgano de instrucción y de enjuiciamiento o el tratamiento dispensado a la proposición de prueba y al régimen de recursos, sin que dicha disparidad de tratamiento pueda encontrar justificación en cuanto a la diferente naturaleza de las consecuencias jurídicas aplicables a los responsables menores y mayores de edad, porque ambas tiene carácter punitivo, indica el Tribunal que el establecimiento de un régimen de responsabilidad penal del menor diferenciado del de los adultos, no puede suponer una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) “, pues, como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), recordándose que a esa misma conclusión se ha llegado en la STEDH de 29 de febrero de 1988, caso Bouamar c. Bélgica.

También, a los efectos de resaltar las peculiaridades de la responsabilidad penal de los menores como circunstancia objetiva legitimadora de un diferente tratamiento legislativo, recuerda que también ha subrayado que en dicho ámbito se observa una peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos, que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyo art. 40.1, además, se reconoce el derecho del menor acusado de haber infringido las leyes penales a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Perspectiva que también es asumida en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en que se establece que el sistema de justicia de menores debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito y atender al bienestar de estos menores (reglas 5 y 14) (así, STC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 4).

2.1.9 [STC 146/2012, de 5 de julio de 2012](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

Tras inadmitir diversas cuestiones, resuelve el Tribunal, desestimándola, la referida a la lesión del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por cuanto los arts. 26.2 y 31 LORPM, no prevén un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, es decir, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular la acusación.

2.1.9.1 Derecho al proceso con todas las garantías

Se plantea que la inexistencia de una fase intermedia en el proceso previsto en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores tiene como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos al darle traslado el Juez de menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el art. 31, después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado. Así, el propio art. 26.2 parte de la posibilidad de que el menor no haya declarado todavía, pues, aunque el letrado pida la declaración del menor y aunque, en principio, el Fiscal está obligado a recibir dicha declaración, tal obligación decae en caso de que hubiese concluido la instrucción y hubiere elevado el expediente al Juzgado de Menores.

Al respecto señala que el Tribunal Constitucional ha venido reiterando que una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado, conocer el hecho punible que se le atribuye, ser ilustrado de los derechos que en tal condición le asisten, especialmente el de ser asistido de letrado, declarar ante el Juez y exponer su versión exculpatoria (por todas SSTC 186/1990, 15 de noviembre de 1990, FFJJ 5, 6, 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 87/2001, de 4 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la garantía de audiencia previa “implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 [de la Ley de enjuiciamiento criminal]”; imponiéndose asimismo la exigencia de que, desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible el imputado no declare como testigo porque, a diferencia de este último, “el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE” (SSTC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Siendo así que tales pronunciamientos se han efectuado respecto del proceso penal de adultos, también destaca el Tribunal que las reglas y garantías aplicables al proceso penal de adultos pueden modularse o llegar a excluirse al ser proyectadas al proceso penal de menores, dadas sus particulares características tanto en lo concerniente a la finalidad de las medidas, que no tienen un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y con vistas a su efectiva reinserción, como en lo relativo al desarrollo del proceso, donde ha de priorizarse el superior interés del menor (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6; y 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5).

Aun cuando del artículo 31 se deduce que el primer momento en el que el menor conoce de la imputación es tras la apertura de la fase de audiencia, al darle traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones del Fiscal y del expediente. Sin embargo, lo único que se infiere directamente de esta disposición es que en ese momento se dará traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones, pero de ella no se deriva que no sea posible u obligado que el menor conozca de la imputación en fase previa, antes de cerrar la instrucción del expediente. La ausencia de regulación de esta cuestión en el art. 31 no impide su regulación en otro lugar del articulado de la ley, ni, en última instancia, una interpretación del precepto secundum Constitutionem, es decir, ex art. 24.2 CE, que es lo que ocurre en los preceptos que

regulan la tramitación del expediente en los que aunque no se haya regulado expresamente el trámite de audiencia como obligación del Instructor, sí que se han previsto otros trámites para salvaguardar el ejercicio del derecho de defensa del menor, tendentes a salvaguardar —con las modulaciones derivadas de proteger los intereses del menor— las garantías que se condensan en el trámite de adquisición de la condición de imputado en el proceso penal de adultos. A estos efectos es especialmente relevante el contenido del art. 22 LORPM cuyo contenido viene a expresar que el menor tiene conocimiento de la instrucción del expediente desde el momento mismo de su incoación y que, a través del abogado —que, en caso de no ser nombrado por él, será designado de oficio en ese momento—, podrá intervenir desde el principio en la fase instructora del expediente y proponer las diligencias que estime pertinentes, de manera que queda salvaguardado el derecho del menor a intervenir en el procedimiento.

La única diferencia que se observa respecto de lo requerido en el proceso penal de adultos reside en que dicho conocimiento —de los hechos que se le imputan y de sus derechos—, no lo adquiere directamente el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, pues la incoación del expediente puede conocerla a través de su notificación por escrito y la ilustración de sus derechos puede ser llevada a cabo por la policía.

La inexistencia de un trámite obligatorio de audiencia del menor ante el fiscal instructor tiene un fundamento consistente y razonable en la necesaria evaluación del interés individual de cada menor. La reducción de trámites procesales durante la instrucción del expediente, así como todo el proceso penal de menores, se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puede ocasionarle. Dicha ponderación del interés del menor constituye también la razón que justifica que la Ley no exija que el conocimiento por el menor del hecho imputado y de los derechos que le asisten se realice en un encuentro personal ante el Fiscal instructor. Ahora bien, dicha inicial ponderación, a realizar por el Fiscal, no obsta a que si el Letrado del menor, estimándolo necesario para la defensa de éste, solicita esta diligencia, resulte obligatorio para aquél recibir declaración al menor.

Si, lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es “garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión, los preceptos cuestionados no vulneran la Constitución, en la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (art. 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo estime pertinente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), lo que determina que los arts. 26.2 y 31 LORPM, no resultan ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.1.10 [STC 160/2012, de 20 de septiembre de 2012](#) del Pleno del Tribunal Constitucional

Se cuestiona la constitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 14 y 25.2 CE.

2.1.10.1 Sobre la finalidad de las medidas en relación con el art. 25. 2 CE

Dada su naturaleza aflictiva y sancionatoria, las medidas previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se insertan en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE, debiendo por tanto estar orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y reinserción social de los menores infractores, siendo una de las particulares características del sistema penal de menores, que lo diferencia del de adultos, la prioridad que el legislador ha otorgado al cometido de resocialización y reinserción social frente a otras finalidades que pueda conllevar la aplicación de sus medidas, las cuales —como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000— “fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas a la efectiva reinserción y el superior interés del menor”.

El precepto cuestionado se introduce con la Ley Orgánica 7/2000, que modifica, antes de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 5/2000 en relación con los delitos de terrorismo. El legislador justifica la reforma en la creciente participación de menores en la actividad terrorista, poniendo de manifiesto que no se persigue excepcionar para esos supuestos la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, sino que la aplicación de las medidas rehabilitadoras pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador. A este respecto, la doctrina científica ha venido poniendo de manifiesto que con dicha reforma se introduce una línea político-criminal complementaria y parcialmente divergente a la que inspiró la Ley Orgánica 5/2000, orientada a introducir en la legislación penal de menores elementos de prevención general y prevención especial negativa (inocuidación) para supuestos delictivos de especial gravedad; esa línea queda reflejada en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2006, en la que el legislador justifica que el “interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

Recuerda el Tribunal, con la STC 150/1991, de 4 de julio, que “el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, especial trascendencia constitucional— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal” (FJ 4), el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000 no es contrario al art.

25.2 CE, puesto que, de una parte, no impide totalmente atender a necesidades de reinserción social y, de otra, la limitación que sí establece se halla restringida a supuestos delictivos de especial gravedad cometidos por infractores con edad superior a dieciséis años, en los que el fin de protección de bienes jurídicos puede precisar una mayor atención a funciones legítimas de prevención general.

2.1.10.2 Igualdad ante la Ley

Se analiza la alegación referente al apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000 LORPM, que da lugar a una situación de desigualdad para los menores autores de delitos de terrorismo, en cuanto impide aplicar para tales casos la suspensión de la ejecución del fallo, a diferencia de lo que el art. 9.5 LORPM [en la redacción de la Ley Orgánica 7/2000; actual art. 10 b)] establece para otros menores autores de delitos “de extrema gravedad”, respecto de quienes se deja abierta tal posibilidad.

El principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

Constatada una diferencia de tratamiento, su licitud requerirá una triple exigencia: “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6; 155/1998, de 13 de julio, FJ 3 y 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, citadas por la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5).

Los preceptos sobre los que operan los términos de comparación son el art. 9.5 y Disposición adicional cuarta, apartado segundo LORPM redacción por LO 7/2000. El primero de los preceptos se refiere a los autores de delitos que hayan sido cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas (art. 9.4) y en los que además se aprecie una “extrema gravedad”; por su parte, la disposición adicional cuarta regula, como ya hemos venido afirmando, los supuestos de comisión de delitos de homicidio doloso, asesinato, violación y terrorismo, así como aquéllos con pena de prisión igual o superior a quince años. El criterio diferenciador entre ambos

grupos de casos radica en la gravedad de los delitos, lo que conlleva una diferente consecuencia jurídica: el primer grupo de delitos lleva aparejada una medida de internamiento de régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a cinco años de duración, limitando las posibilidades de modificación y sustitución de la medida hasta transcurrido el primer año de su cumplimiento (art. 9.5); y el segundo grupo, que incluye delitos más graves, una medida de internamiento en régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a ocho años de duración, limitando las posibilidades de modificación, sustitución y, además, de suspensión de la ejecución hasta el transcurso de la mitad de su cumplimiento.

En concreto, la diferenciación efectuada por el legislador posee una base objetiva y una justificación razonable. “La concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11), sino a partir de un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas, atendido su grado de lesividad y la relevancia de los bienes jurídicos menoscabados, de modo que las consecuencias jurídicas previstas —y, en particular, la restricción de la suspensión de la ejecución de la medida— se aplicarán por igual a todos los menores que, en la franja de edad establecida, cometan tales conductas delictivas. No puede concluirse, por tanto, que el legislador haya establecido una diferencia entre situaciones iguales, respondiendo el más gravoso régimen de ejecución de las medidas de internamiento previsto en la norma a la comisión de delitos más graves. Ni tampoco que la diferenciación esté basada en circunstancias desconectadas de la finalidad de la norma y, en esa medida, irrazonables.

El refuerzo de la finalidad preventiva general que justifica el tratamiento diferenciado establecido en el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000, frente al previsto en el art. 9.5, se manifiesta tanto en el aumento del límite máximo de la medida de internamiento —cifrado en ocho años— como en la limitación que se establece para la modificación, sustitución y suspensión de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su duración. No obstante, nuestro enjuiciamiento ha de ceñirse a este último aspecto, es decir, a la restricción del uso de la suspensión de la ejecución de la medida que prevé la disposición adicional cuarta, porque es a esa concreta previsión legislativa a la que el Juzgado de Menores atribuye el vicio de desigualdad, en contraste con los autores de los delitos previstos en el art. 9.5.

Tampoco desde el criterio atinente a la posibilidad de consecuencias desproporcionadas, cabe efectuar reproche alguno a la norma cuestionada. La suspensión de la ejecución queda limitada con carácter general a medidas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 40 LORPM), lo que conlleva ya una importante restricción a su aplicabilidad en los supuestos que contempla la disposición adicional cuarta, para los que se prevé una medida mínima de un año y máxima de ocho. Ello supone, en una aplicación conjunta de ambos preceptos, que la restricción adicional que incorpora el precepto cuestionado —que impone la mitad del cumplimiento de la medida—, dará lugar a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año, y la mínima seis meses. El precepto de contraste no contempla tal restricción adicional, pero teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada, y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad, la citada limitación no se revela desproporcionada.

2.1.11 [STC 23/2016, de 15 de febrero de 2016](#) Sala Primera del Tribunal Constitucional

2.1.11.1 Tutela judicial efectiva de la acusación particular

La víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), limitándose la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen.

Partiendo del marco de un proceso penal de menores, por un lado, el archivo de tal proceso se produce una vez que el menor expedientado había cumplido una medida educativa, y, por otro, el conflicto, a juicio de la resolución impugnada, no se produce con el derecho a la presunción de inocencia sino con el derecho a no sufrir bis in idem y el “interés del menor”, bienes jurídicos que la decisión recurrida considera que han de prevalecer.

No es posible descartar, que la reparación ordinaria o común a través de la nulidad con retroacción de actuaciones (reposición en los términos del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de la lesión de derechos fundamentales procesales, entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores también constitucionales y dignos de tutela. En tales supuestos, por exigencia derivada de la eficacia propia de tales derechos y valores, así como del valor “justicia”, del principio del Estado de Derecho, del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o de la dignidad de la persona, la solución habrá de adoptarse previa ponderación de los derechos y valores constitucionales en conflicto, con respeto a su contenido, observancia del principio de proporcionalidad, y motivación del juicio de ponderación, “pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental” (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8).

Por ello, no hemos de aceptar que la reparación de la infracción de los derechos fundamentales procesales del demandante que se declararon vulnerados exija indeclinablemente, sin excepción, la nulidad del procedimiento judicial y la repetición del mismo, y que carezca de toda eficacia reparadora la declaración de la existencia de la lesión, que la parte recurrente califica de “simple declaración bienintencionada”. Este Tribunal ha venido entendiendo, en determinados supuestos de conflicto, que un pronunciamiento como el que nos ocupa “constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización” (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 5).

De acuerdo con las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como “Reglas de Beijing” de 29 de noviembre de 1985,

el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a “las circunstancias del delincuente y del delito, sino que también debe atender al bienestar de estos menores (en especial, reglas 5 y 14)”, y así la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece, en palabras de su exposición de motivos, un derecho penal de menores en el que “ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor”, interés que ha de ser valorado con criterios técnicos ajenos a las ciencias jurídicas, y que ha de ser conciliado con las garantías jurídicas generales. A fin de conciliar ese “interés superior del menor” con el interés del perjudicado o víctima del hecho cometido, sigue diciendo la exposición de motivos, “esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor.”.

Aun cuando la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores reconoce el derecho de las personas directamente ofendidas por el delito o de sus representantes, a ejercitar la acusación particular (art. 25), se consagran amplias facultades, fundadas en este interés prevalente y atribuidas a la decisión del Ministerio Fiscal y del Juez de Menores, sobre la no iniciación del proceso (desistimiento de la incoación del expediente ex art. 18), la no prosecución del mismo (sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima ex art. 19 o, en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos ex art. 27.4 y la imposición y ejecución de las medidas (circunstancias a valorar en la imposición ex art. 39, suspensión condicional de la medida impuesta ex art 40, de sustitución de la misma o de dejarla sin efecto durante su ejecución, ex art. 50.2 y 51).

Por ello, una propuesta de sobreseimiento del Fiscal y la posterior decisión judicial en este mismo sentido, en aplicación del art. 19 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, precedidos del cumplimiento satisfactorio por el menor expedientado de la actividad educativa acordada, una vez que el informe del programa de reparaciones extrajudiciales había propuesto tal solución pese a contar con la expresa oposición del padre del menor lesionado, y que se hace explícita en dicho informe. Ejercitando el recurso oportuno contra la decisión de sobreseimiento, en el que alegó cuanto estimó conveniente en defensa de sus intereses, ha posibilitado la obtención de una respuesta motivada, en la que se ponderan las circunstancias del caso y que no puede tacharse de irrazonable, arbitraria o incurra en error patente, siendo así constitucionalmente suficiente para sustentar la decisión contraria a la retroacción, y, en consecuencia, no ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la acusación particular.

2.2 Sentencias del Tribunal Supremo

2.2.1 [STS 115/2003 de la Sala II](#) del Tribunal Supremo

2.2.1.1 Naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina

En definitiva y circunscribiéndonos a la cuestión planteada en la primera contradicción señalada en el recurso interpuesto por la representación de Emilio -segunda de las señaladas por la otra parte recurrente- y a los problemas directamente relacionados con aquélla, debemos declarar:

A) La interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, establecido en el art. 42 LRPM, no suspende la firmeza de la Sentencia recurrida, dictada por la Sala de Menores que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juez de Menores.

B) Es ajustado a derecho, en consecuencia, declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de Menores una vez pronunciada, acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia.

C) Si el recurso de casación para unificación de doctrina fuese estimado, la Sala que resuelva el recurso dictará nueva Sentencia ajustando la situación creada por la recurrida a la doctrina que se haya declarado más ajustada a derecho, siempre que ésta resultare más favorable al menor sometido a reforma.

D) En ningún caso los pronunciamientos de la Sentencia de casación alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la recurrida.

2.2.1.2 **Ámbito del recurso.**

La finalidad del nuevo recurso es reforzar la garantía de la unidad de doctrina "en el ámbito del derecho sancionador de menores", quedando explicitado el sentido de esta frase en el art. 42.2 LRPM en que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos".hay que considerar ajenas a esta problemática las diferencias que creen advertir las partes recurrentes entre los criterios seguidos en la Sentencia recurrida y los seguidos en la de contraste sobre extremos tales como la inferencia del "animus necandi" en los autores del hecho y el concepto de la coautoría. En términos generales, debe entenderse que las decisiones adoptadas en la jurisdicción de menores sobre materias como éstas u otras que tampoco tengan relación con las circunstancias del menor y la orientación que debe inspirar su tratamiento, encuentran su último control de legalidad en el recurso de apelación de que han de conocer las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia o, en su defecto, las que se constituyan en las Audiencias Provinciales.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 7.3 LRPM, en la elección de la medida o medidas adecuadas se debe "atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor", lo que quiere decir que no deben ser tenidas por contradictorias dos decisiones de distintas Salas de menores por el mero hecho que la duración del internamiento impuesto en una de ellas, en razón de un delito de homicidio

agravado por la circunstancia de abuso de superioridad, sea mayor de que la duración del internamiento impuesto en la otra por un delito de asesinato. Aunque el asesinato es evidentemente un delito más grave que el de homicidio -aun concurriendo en éste una circunstancia agravante- no es la valoración jurídica del hecho el único ni el más importante de los factores a que hay que atender en la elección de la medida adecuada para la reforma del menor. La diferencia entre la medida impuesta en la Sentencia recurrida y la impuesta en la Sentencia de contraste no es, pues, reveladora de una distinta doctrina "respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias" de los menores a los que se impusieron las medidas sino, sencillamente, de que en uno y otro caso se tuvo en cuenta no tanto la calificación jurídica del hecho cometido como las circunstancias diversas que en los menores concurrían.

2.2.2 [STS 699/2012, de 14 de septiembre de 2012](#) de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.2.1 Régimen especial de determinación y ejecución de las medidas del art. 10.2 de la LORPM

El precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia. Se trata de una "regla especial de aplicación y duración de las medidas" que por su especialidad se sustrae a la regla general prevista en los arts. 7 y 9 de la L. Orgánica de responsabilidad penal de menores (L.O. 5/2000 en la redacción dada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos periodos, uno de internamiento propiamente dicho y otro de libertad vigilada "en la modalidad elegida por el juez", en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del art.10.2 al que "deberán imponerse las medidas siguientes", uno de internamiento, con la variación permanente que se establece en función de la edad del infractor, y otra que complementará "en su caso" de libertad vigilada.

Complementación que está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese es el sentido que debe darse a la expresión "en su caso", señalando la ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además, está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones.

No es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que, en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento. Por último, la especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la ley establece y que hemos expuesto.

2.2.3 [STS 74/2014 de 12 de febrero de 2014](#) de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.3.1 Régimen especial de cumplimiento de la medida de internamiento en régimen cerrado del art. 10.2 de la LORPM

El régimen de cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado impuesta al menor que al cometer el hecho delictivo de extrema gravedad tenía 16 o 17 años, obliga imperativamente a extinguir la mitad de su duración, sin posibilidad en ese tiempo de modificación, suspensión o sustitución de tal medida.

La estimación del recurso del Fiscal por la concurrencia de las exigencias legales no puede pasar por alto el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que el 13-marzo-2013 declaró: *"Sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 L.O.R.P.M.) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor"*.

La estimación del motivo del Fiscal tendrá efectos para situaciones futuras, pero carecerá de efectos revocatorios materiales en tanto que la doctrina cuya unificación se pretende en este caso concreto no favorece al menor a quien ya se le ha otorgado la suspensión de la medida de internamiento.

2.2.4 [STS 745/2008 de 25 denoviembre de 2008](#) de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.4.1 Problemática sobre la aplicación del art. 4.2 LORPM

1º La derogación del art. 4 de la LO. 5/2999 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante LO. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la LO. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2º La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3º Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

El principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores.

2.2.5 [STS 62/2013 de 20 de enero de 2013](#) de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.5.1 Competencia judicial. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ)

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente.

Ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

2.2.6 STS 146/2014 de 14 de febrero de 2014 de la Sala II del Tribunal Supremo

2.2.6.1 Medidas Cautelares: tiempo máximo de duración

Sin perjuicio de eventuales y excepcionales prolongaciones explícitas en casos determinados, el tiempo máximo natural y ordinario de las medidas cautelares no privativas de libertad en el procedimiento de menores es de dos años. Transcurridos, la medida expira ope legis y por tanto no puede constituir el presupuesto de un delito de quebrantamiento de condena del art 468 CP.

Y aunque el art. 10 de la ley especial autoriza en determinados casos la imposición de medidas con duraciones por encima de los dos años. Antes de la reforma propiciada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre era requisito para la ampliación del límite máximo un informe favorable del Equipo Técnico orientando esa duración más prolongada. Desde entonces no lo es. La prolongación es facultativa (aunque imposible si no la reclama el Fiscal: art. 8.1 LORPM). No es preceptiva (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 -ap. III.4-). Debe atender al interés del menor.

Para que sea legítima esa duración de la medida definitiva por encima de los dos años es necesario que se trate de uno de los supuestos previstos en el art. 10 LORPM que se remite al art. 9.2. Se contemplan tres posibilidades alternativas: que se trate de un delito grave; que siendo menos grave se haya empleado violencia o intimidación o haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas; o que se trate de delincuencia “grupala” o ligada a bandas u organizaciones.

Esa eventual mayor duración solo está prevista para la medida definitiva: la que llega después de la audiencia. Por tanto, no puede condicionar el plazo máximo natural de la medida cautelar.

Por tanto, aun pudiendo admitir que la legislación de menores habilita para medidas cautelares distintas al internamiento por duración superior a dos años, habrá que puntualizar que eso precisará una decisión ad hoc, específica, del órgano jurisdiccional. De no hacerse así el examen y exégesis combinada de los distintos preceptos lleva a entender que por ministerio de la ley la medida cautelar cesa cuando su duración alcanza los dos años establecidos como límite máximo ordinario de las medidas que pueden acordar los jueces de menores.

2.3 De Audiencias Provinciales

La multiplicidad de temas que se abordan por las distintas Audiencias Provinciales hace imposible que puedan tener reflejo en un ámbito de estudio reducido como el presente trabajo, de forma que únicamente abordaré dos aspectos relevantes que sirvan de muestra de la actual situación jurisprudencial.

2.3.1 PRESCRIPCION

La Unidad Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado viene elaborando resúmenes semestrales de jurisprudencia en los que se viene detectando la diversidad de criterios en un ámbito tan relevante como éste.

En el resumen correspondiente a la segunda mitad del año 2015 se hizo ya constar que en tres sentencias que se recogían en el mismo (SAP Tarragona, sec. 4ª, nº 363/2015, de 29-10-2015, Pte: Montardit Chica, María Concepción, SAP Burgos, Sec. 1ª, nº 408/2015, de 29-10-2015, Pte: Fresco Rodríguez, María Dolores y SAP Madrid, Sec. 4ª, nº 494/2015, de 8-10-2015, Pte: Hervás Ortiz, José Joaquín), aunque no asumen la tesis principal de la Circular 9/2011 FGE conforme a la cual el decreto de incoación de expediente del Fiscal interrumpiría la prescripción, si vienen a asumir la tesis alternativa allí sostenida, según la que el auto de incoación de expediente del Juez de Menores sí la paraliza y varían la orientación plasmada en anteriores resoluciones suyas (Tarragona y Burgos) en las que parecían adscribirse a la línea jurisprudencial (minoritaria) que entiende que el auto de incoación de expediente judicial es “una resolución de trámite” que no interrumpe la prescripción. De lo anterior se infiere que gana terreno la “tesis subsidiaria” de la Circular 9/2011, que es la mayoritaria dentro de la “jurisprudencia menor” de las AP.

En el último resumen correspondiente al último semestre de 2016 se indica expresamente: *Se mantienen, asimismo, las diferencias interpretativas en torno a la prescripción. Se consignan dos autos de la AP de Guipúzcoa que siguen rechazando la tesis principal de la Circular 9/2011 de la FGE, conforme a la que el decreto de incoación de expediente del Fiscal es el primer acto interruptivo de la prescripción y también la “tesis subsidiaria”, según la cual el auto de inicio del expediente judicial sí la interrumpe en todo caso. Sin embargo y como novedad, sí asumen otro aspecto sostenido en dicha Circular: que el parte de incoación del expediente que el Fiscal remite al Juzgado produce el efecto suspensivo que establece la regla 2ª del art. 132.2 CP.*

Las posturas divergentes sobre este tema, con detrimento del principio de seguridad jurídica, refuerzan, como reiteradamente se viene indicando, la necesidad de una reforma legislativa en esta materia, tal y como propuso en su día la FGE (vid. Memoria 2013), que termine con las diferentes soluciones judiciales que se están aplicando.

Como ejemplos de esta dispersión de criterios podemos indicar señalar las siguientes posiciones:

2.3.1.1 Se entiende, de conformidad con la Circular 9/2011 de la FGE, que aún después de la reforma del art. 132.2 del CP por LO 5/2010, el decreto de incoación del expediente dictado por el Fiscal, constituye el primer acto interruptivo de la prescripción. Ese decreto del Fiscal, en cuanto instructor, es plenamente equiparable a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132.2 del Código Penal

SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 5ª, 9-12-2013, nº 503/2013, Pte: González Ramos, Juan Carlos

“Tras la mencionada reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, la cuestión a resolver en lo que se refiere al ámbito de la jurisdicción de menores es si la actual referencia que en el artículo 132.2 del Código Penal se hace a la necesidad de que se dicte una "resolución judicial motivada" para interrumpir la prescripción que se inicia desde la comisión del hecho delictivo, afecta o no a la interpretación que del instituto de la prescripción se viene sosteniendo hasta ahora dentro de un procedimiento, el de menores, cuya peculiaridad máxima es la atribución de las facultades instructoras al Fiscal (artículos 6, 16.1 y 23 de la

Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores). Y es que, en el procedimiento de reforma, el Juez de Menores competente para conocer de los expedientes, conforme al artículo 2 de la LORPM, carece de facultades instructoras y es a partir de la incoación del expediente de reforma por el Fiscal, conforme al artículo 16.3 de la LORPM, cuando se inicia el proceso.

Ante esta disyuntiva y siguiendo la antes citada SAP de Barcelona, Sección 3ª, de fecha 5 de julio de 2011, la corriente jurisprudencial que niega los efectos interruptivos de la prescripción se basa, principalmente en el hecho de que las iniciales resoluciones que dicta el Juez de Menores, bien al incoar el expediente de reforma mediante providencia una vez que le es notificado por el Ministerio Fiscal la incoación del correspondiente expediente de reforma en la Fiscalía Provincial bien al dictar el auto de apertura de la pieza de responsabilidad civil, pues dicha pieza no integra propiamente el ejercicio de la acción penal contra el culpable, no está dictando una resolución judicial motivada y, desde luego, no está decidiendo la persona contra la cual se va a dirigir el proceso penal de menores, toda vez que dicha decisión corresponde en exclusiva al Ministerio Fiscal, por lo que no se trata de resoluciones que dirijan el procedimiento contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta.

Dentro de esta misma postura, se viene a sostener que el Decreto del Ministerio Fiscal acordando iniciar la instrucción contra un menor de edad, aun en el caso de que estuviera motivado, no puede equipararse a una resolución judicial, pues no es una de las que de manera expresa se enumeran en los artículos 245 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, las providencias, los autos y las sentencias, sin que pueda realizarse una interpretación extensiva de dichos preceptos (contraria a la jurisprudencia constitucional) que permitiera incluir como resoluciones judiciales otras decisiones que, emitidas por funcionario público investido de alguna autoridad, pudieran recaer en un proceso penal: así, las diligencias y decretos de los Secretarios Judiciales, o los decretos del Ministerio Fiscal.

Por su parte, la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011 sostiene la tesis contraria, en el sentido que debe mantenerse, no obstante la reforma del artículo 132.2 del Código Penal, que el decreto de incoación de expediente por el Fiscal goza de esa capacidad interruptiva, apoyándose para alcanzar dicha conclusión, de un lado, en la propia sustantividad de la LORPM, que regula un procedimiento singular en el que la dirección del proceso contra el menor sospechoso, a través de la instrucción, se atribuye al Fiscal; y, de otro lado, en que es precisamente el Fiscal el órgano legitimado para decidir en este procedimiento si se admiten o no a trámite las denuncias (artículo 16.2 de la LORPM).

En el procedimiento de reforma de menores, el Juez de Menores competente para conocer de los expedientes, conforme al artículo 2 de la LORPM, carece de facultades instructoras y es a partir de la incoación del expediente de reforma por el Fiscal, conforme al artículo 16.3 de la LORPM, cuando se inicia el proceso.

No hay que olvidar que el decreto del Fiscal incoando el expediente de reforma inicia el proceso propiamente dicho, abierto al control jurisdiccional y a la personación e intervención de las partes, determinando contra quién se dirige el expediente y la infracción que se le imputa. Y, como consecuencia de ese Decreto se producen importantes actuaciones procesales, como la comunicación de la incoación al Juzgado de Menores (artículo 16.3 de la LORPM); la notificación del expediente al menor imputado (artículo 22.2 de la LORPM), con

los derechos expresados en el artículo 22.1 de la LORPM, de asistencia letrada, así como del equipo técnico y sus representantes legales; y la notificación a quien aparezca como perjudicado (artículo 22.3 de la LORPM).

Y, como destaca la referida Circular esta asimilación del Fiscal de Menores, en su ámbito, al Juez de Instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional, bastando recordar al respecto la STC nº 206/2003, de 1 de diciembre que, remitiéndose a la anterior STC nº 60/1995, de 17 de marzo, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en La ley del Menor, refiere que en la misma se atribuyen al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario.

Aplicando al presente caso los razonamientos hasta ahora expuesto, no cabe sino concluir que, a los efectos ahora analizados de la interrupción de la prescripción, es perfectamente equiparable el decreto de incoación del expediente del Fiscal de Menores a la resolución judicial del juez instructor exigida por el artículo 132.2 del Código Penal, porque en dicha resolución del Ministerio Fiscal se determina contra quién se dirige el procedimiento y la infracción que se le imputa al menor expedientado, sin que dicha asimilación sea por ello de una interpretación extensiva contra reo, sino simplemente integradora de una evidente imprevisión legal que, como se concluye en la antes citada SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 1ª, num. 1/2012, de 21 de diciembre de 2011, procede completarse por el aplicador jurídico, sin que sea necesario elevar al Legislador petición alguna de reforma legislativa de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (así se llega a interesar en la SAP de Tarragona, Sección 4ª, num. 474/2012, de 17 de octubre) que elimine de la misma el vacío en la regulación de la prescripción en dicha ley, pues, se insiste, por vía de interpretación cabe reconducirlo.

En todo caso, no debe perderse de vista que la nueva exigencia de una resolución judicial motivada a la que se refiere el artículo 132.2 del Código Penal, afecta solamente a ese acto inicial de interrupción, en tanto que para las interrupciones posteriores habrá que seguir aplicando los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

2.3.1.2 El decreto de incoación de expediente del Fiscal no interrumpe la prescripción, pero sí el “auto de incoación de Rollo” del Juzgado de Menores.

SAP Tarragona, sec. 4ª, S 25-9-2014, nº 390/2014, Pte: Calvo González, Susana

“...debemos partir del criterio del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010 que exige que para la valoración de la prescripción no se tomen en cuenta las calificaciones jurídicas rechazadas por el tribunal; ha de estarse al plazo de prescripción del delito que resulte definitivamente apreciado en sentencia; en consecuencia, en su caso, a la reconsideración típica de los hechos como falta. En este supuesto habremos de estar a efectos prescriptivos, a la falta de hurto en lugar de al delito de robo con fuerza que era objeto de acusación, lo que nos sitúa en un plazo de prescripción claramente reducido (...)

...los hechos objeto del presente procedimiento constan cometidos el día 22 de agosto de 2013. Como mantenemos con rotundidad, el Decreto de incoación del expediente en la Fiscalía de menores carece de efectos interruptivos en los términos del art. 132 LECr . Sí que cuenta con tales el auto de incoación de Rollo del juzgado de menores, que es de fecha 16 de octubre de 2013: el auto tiene por dirigido el procedimiento y la acción penal contra los

menores, resolución que motiva la imputación contenida por remisión al Decreto dictado por el Ministerio Fiscal y los indicios que en contra de los menores se contienen en el mismo, lo que implica en definitiva, un control judicial del sustento indiciario provisorio que determina la incoación del Rollo por apreciar indicios de delito en su contra...”

2.3.1.3 Necesidad de una resolución judicial motivada para la interrupción. No interrumpe ni el Decreto del Fiscal incoando el expediente ni la resolución del Juez de Menores incoando “diligencias de trámite”.

SAP Vizcaya, sec. 1ª, 4-11-2013, nº 52/2013, Pte: Goenaga Olaizola, Reyes

“...la Sala ya ha dictado anteriores resoluciones en asuntos en los que se abordaban cuestiones próximas a la planteada y procederemos a reproducir lo que ya hemos resuelto respecto a la no eficacia interruptiva de la prescripción de la providencia de incoación del procedimiento.

Decíamos en el auto de esta misma Sección de 18 de septiembre de 2013, (RAM 32/13) que la resolución a la que se refiere el recurrente (la providencia de incoación del expediente) "no puede considerarse una resolución judicial a los efectos establecidos en el artículo 141 de la LECRIM y 245 de la LOPJ; en realidad equivale a una resolución judicial, materialmente lo es, pero la doctrina constitucional mayoritaria y, también, la jurisprudencia de la sala de lo Penal del Tribunal Supremo sostienen que las normas relativas a la prescripción de delitos y penas, deben de ser interpretadas restrictivamente, y, en este caso, sólo una interpretación analógica o extensiva permitirían considerar que el decreto de incoación del ministerio fiscal es una resolución judicial.

Es cierto que, conforme a lo dispuesto en el art. 141 de la LECRIM, aplicable de modo supletorio, que el contenido de la incoación del expediente judicial de menores incluye dos aspectos, tener al menor por expedientado e informarle de los derechos de tal condición e informar al perjudicado de los suyos, que demandan la forma de auto, pero repárese en que el precepto citado utiliza la expresión "decidan " lo que, lógicamente, demanda un ámbito de libertad y discrecionalidad en el juez, que son inherentes a su labor y más a dicha labor cuando se habla de dictar una resolución motivada como es el supuesto sometido a nuestra consideración. En este sentido coincidimos con el magistrado de menores con respecto a que si el juez carece de dato alguno sobre la verdadera instrucción, aparte de los que le comunique la Fiscalía de menores, su resolución de incoación es reglada, obligatoria, no está sometida a valoración por el mismo; a diferencia de un auto de incoación del procedimiento de diligencias previas en la jurisdicción de mayores en el cual el juez instructor puede o no incoar el procedimiento, el juez de menores está obligado a incoar el expediente judicial pues el art. 16.3 de la LORPM ("iniciara las diligencias de tramite correspondientes "), no le deja alternativa."

En esta resolución que hemos reproducido lo que se analizaba es si esa resolución de incoación del procedimiento debía revestir la forma de auto, lo que la Sala rechaza, confirmando el criterio del Juez de instancia, pero la consecuencia inmediata de lo que allí analizábamos es que tal resolución no puede constituir la "resolución judicial motivada" a la que hace referencia el art. 132,2, 1ª del CP. Y lo mismo cabe decir de la providencia a que hace referencia el recurrente, en la que el magistrado se limita a abrir el trámite de audiencia y a dar traslado a las partes para alegaciones. La única resolución que podría interrumpir la prescripción en la prevista en el art. 31 y siguientes de la LORPM, momento en el que el Juez

de menores, de manera motivada, puede adoptar diversas resoluciones sobre la continuación o no del procedimiento.”

2.3.1.4 No se considera como resolución motivada apta para la interrupción de la prescripción ni el auto de incoación de expediente, ni el auto de apertura de audiencia en este caso, sino la sentencia.

SAP Murcia, sec 2ª, 3-12-2013, nº 320/2013, Pte Beatriz L. Carrillo Carrillo

“...Pues bien, a la luz del nº 5º del artículo 15 LORPM - que establece un plazo de prescripción de tres meses cuando se trate de una falta-, en atención al carácter supletorio del Código penal , leyes especiales y Ley de Enjuiciamiento Criminal en la Jurisdicción de Menores (DF Primera LORPM) -en especial las restantes normas del Código penal relativas a la prescripción en su redacción dada por la LO 5/2010 -, y teniendo asimismo en cuenta la falta adaptación por parte del legislador en la Jurisdicción de Menores a través de una paralela reforma de la LORPM en materia de prescripción que está siendo reiteradamente reclamada, procede declarar extinguida la responsabilidad penal de ambos menores: baste señalar que el mencionado plazo se sobrepasó pues los hechos ocurrieron el 1 de noviembre de 2012, el auto por el que se acuerda el inicio de las diligencias tiene fecha de 3 de enero de 2013, la exploración de los menores tuvo lugar los días 15 de enero de 2013 y 25 de enero de 2013 respectivamente, se dictó el 12 de abril de 2013 auto por el que se acordaba la celebración de la audiencia, y recayó sentencia el día 2 de septiembre del 2013, pese a haberse celebrado la audiencia los días 28 de mayo de 2013 y 1 de julio de 2013, destacando que, en puridad, hasta el dictado de la sentencia no llegó a recaer "resolución judicial motivada" alguna que colmase las exigencias de contenido exigidas en el artículo 132 Cp y que, por ende, tuviese virtualidad interruptiva inicial de la prescripción. En efecto, negando capacidad interruptiva inicial al Decreto de incoación del expediente que dicta el Fiscal por no tener la condición de "resolución judicial" -incluso en contra del criterio principal expresado por la Circular 9/2011 de la Fiscalía General del Estado-; y la ausencia de verdadero control judicial que se desprende del auto de fecha 3 de enero de 2013 dictado al amparo de lo previsto en el artículo 16.3 LORPM -que deriva de la necesaria imparcialidad del mismo Juez de Menores que habrá de enjuiciar los hechos (vid amplius auto de esta sección nº 430/13 de fecha 16 de julio de 2013)-; cabe destacar que el auto de fecha 2 de abril de 2013 por el que se acuerda la celebración de audiencia, no es más que un mero formulario en el que se ha introducido el nombre de los menores sin mayores precisiones. Es decir, como reseña el ya mencionado auto de esta sección de fecha 16 de julio de 2013 , la prescripción no se interrumpe inicialmente por resoluciones en abstracto, sino por resoluciones concretísimas, las cuales han de ser motivadas, por lo que sólo después de haberse interrumpido inicialmente la prescripción a través de una "resolución judicial motivada" que reúna los requisitos exigidos en el art. 132 Cp podrá otorgarse virtualidad interruptiva a otros actos y diligencias de contenido sustancial (vid también Sentencia de esta misma sección de fecha 9 de septiembre de 2013).

SAP Murcia, sec. 2ª, S 30-6-2014, nº 230/2014, Pte: Morales Limia, Augusto

“...En definitiva, sin que ello suponga un alineamiento estricto con la tesis sostenida por las Audiencias Provincial de Barcelona, Gerona, Tarragona o Burgos, en la medida en que la atención habrá de centrarse en la resolución, necesariamente judicial, de que se trate, siempre

en concreto, con limitada admisión de la motivación por remisión y sin perjuicio del compromiso de la imparcialidad que pudiera derivarse, la Sala considera que el artículo 16.3, como el art. 31 LORPM, por su dicción literal y por la especialidad del proceso de menores, difícilmente se prestará al dictado de una resolución judicial motivada que identifique a una persona determinada como indiciariamente responsable de delito ofalta. Incidentalmente, en razón de determinadas reflexiones también del tramo final del auto, que invocan que aquél se dicta en base a los correspondientes preceptos legales y en base al decreto del Ministerio Fiscal que aporta los datos relevantes acerca de la persona contra quien se dirige la instrucción y del hecho delictivo sobre el que existen indicios de criminalidad contra dicho menor o menores, no por ello se puede afirmar, como pretende la resolución de (...), que se dicte el auto "por tanto, de forma motivada": Será o no motivado en concreto, sin admitir remisiones implícitas como las sugeridas y, mucho menos, "con independencia de que tal valoración no la haya hecho el juez sino el fiscal", pues precisamente se exige que sea el juez quien la haga. Puede ser que un auto dictado al amparo y en el trámite previsto en el artículo 16.3 LORPM permita "comprobar que lo que manifiesta el Ministerio Fiscal en su decreto de incoación está fundamentado la existencia de indicios de criminalidad contra dicho menor", como afirma la Juez de Menores que sucedió en el caso. Pero la Sala discrepa que fuera así, precisamente, en el caso, donde la comprobación en cuestión no se encuentra en una resolución motivada, sino en un mero modelo que sólo identifica los datos del Decreto, sin valoración específica alguna. Y la Sala considera que será difícil, en general, que así suceda, aunque la práctica, por ejemplo, en la demarcación de la Audiencia Provincial de Barcelona, vaya extendiendo el dictado de autos en este trámite "adaptados" para producir efectos interruptivos de la prescripción (...)

...Sentado todo lo anterior nos centramos en el caso concreto. Los hechos que quedan de momento subsistentes se refieren al día 21 de diciembre de 2012, tal como reseña el propio relato de hechos probados de la sentencia de instancia en consonancia con el relato de la Acusación, a los que nos hemos de ajustar. Sin embargo, la primera resolución judicial motivada que se dicta aquí es la sentencia de instancia de fecha 17 de enero de 2014 sin que en el interin se hubiera dictado esa preceptiva resolución judicial motivada a que se refiere el art. 132 CP, capaz de suspender el cómputo de la prescripción, y que también rige en la jurisdicción penal especializada de menores. Por tanto, es evidente, esa posible falta de maltrato de obra sin causar lesión habría prescrito legalmente hace tiempo..."

La AP de Murcia, igual que en otra resolución anterior, va mucho más allá y considera que en este caso la primera resolución judicial motivada es la sentencia. Ninguna otra AP sigue tal parecer.

2.3.2 ACUSACION PARTICULAR

2.3.2.1 Sobreseimiento

2.3.2.1.1 Es facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la solicitud de desistimiento conforme a los requisitos del art. 19 LORPM sin que la acusación particular pueda interferir en dicha decisión.

AAP Barcelona, sec. 3ª, A 31-10-2012, nº 1014/2012, Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

Sin embargo, aparte del art. 25 ya mencionado, tan solo se modificó el art. 8 para disponer que el Juez de Menores no puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular. En consecuencia, se introdujo la acusación particular dentro del proceso penal de menores, pero se mantuvo inalterado el procedimiento, lo que provocó algunas disfunciones evidentes.

Dicha discordancia adquiere especial relevancia cuando entra en juego el llamado principio de oportunidad. Como es sabido, el principio de oportunidad confiere al titular público de la acción penal la potestad para disponer de la misma, aunque esté acreditada la comisión de un hecho punible por una persona, debiendo destacarse que en estos casos no se amplían las facultades del órgano judicial, sino que se limitan, fortaleciéndose las facultades del Ministerio Fiscal.

Son expresiones de dicho principio de oportunidad la posibilidad de que el Ministerio Fiscal acuerde no incoar el procedimiento penal de menores (art. 18 LORPM) o los supuestos de desistimiento por corrección en el ámbito educativo y familiar o por resarcimiento anticipado o conciliación con el infractor (art. 19 LORPM).

Parece claro que la reforma del art. 25 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores en nada afectaba a las facultades atribuidas al Ministerio Fiscal por el art. 18 de dicho texto legal, toda vez que, en estos casos, al no haberse incoado el procedimiento, tampoco cabía personación del acusador particular, debiendo destacarse que en estos casos tampoco existe ninguna intervención del Juzgado de Menores puesto que no llega a iniciarse el proceso penal propiamente dicho.

Mayores problemas planteaban los casos de desistimiento previstos en el art. 19 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, discutiéndose por la doctrina si seguían manteniéndose íntegramente las facultades del Ministerio Fiscal o si, en dichos casos, la acusación particular podía oponerse al desistimiento solicitado por el Ministerio Fiscal.

De la misma forma, también se da una nueva redacción al art. 19 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, concretamente al apartado segundo de dicho precepto, debiendo destacarse que en su nueva redacción sigue siendo una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el desistimiento, sin que en dicho trámite se otorgue ninguna intervención a la acusación particular, por lo que debemos concluir que, en estos casos, la petición de la acusación particular solicitando la continuación del procedimiento carece de relevancia. En consecuencia, el Juzgado de Menores, tal y como establece el art. 33.c) de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, deberá proceder al archivo por sobreseimiento de las actuaciones cuando el Ministerio Fiscal solicite el desistimiento.

2.3.2.2 La acusación particular no tiene intervención y su oposición no tiene efectos

AAP Barcelona secc. 3ª nº 668/2011, de 21 de septiembre Pte: Manzano Meseguer, Mª Jesús

“Concurren asimismo los requisitos del art. 19.1 de la Ley, pues la violencia utilizada no es grave y se trató de una agresión puntual. Por lo que respecta a la reparación consta en la causa que el menor quiso acogerse al programa de mediación y que la víctima se negó, por lo que resultaría de aplicación del apartado 4 del citado artículo 19. ..En base a todo ello el

Ministerio Fiscal solicitó el sobreseimiento de la causa...El recurrente muestra su disconformidad con el sobreseimiento y archivo acordado por el Juez de menores, lo que nos lleva a examinar la posición que ocupa la Acusación Particular dentro del procedimiento de menores...sigue siendo una facultad exclusiva del Ministerio Fiscal la de pedir el desistimiento, sin que en dicho trámite se otorgue ninguna intervención a la acusación particular, por lo que debemos concluir que, en estos casos, la petición de la acusación particular solicitando la continuación del procedimiento carece de relevancia. En consecuencia, el Juzgado de Menores, tal y como establece el art. 33.c) de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, deberá proceder al archivo por sobreseimiento de las actuaciones cuando el Ministerio Fiscal solicite el desistimiento", supuesto que concurre en el presente caso...Por ello resulta

irrelevante que no se hayan practicado las diligencias de instrucción señaladas por el recurrente, pues en nada afectarían a lo ya expuesto.

2.3.2.2 Apertura de la fase de Audiencia: No puede abrirse la fase de audiencia a instancias únicamente de la acusación particular

AAP Jaén secc. 1ª nº 34/2011, de 9 de febrero. Ponente Elena Arias Salgado Robsy

“...la ley en su actual redacción no prevé que se pueda abrir la fase de audiencia a instancia de la acusación particular, siendo el Ministerio Fiscal el único que tiene dicha facultad, por más que en las últimas reformas se haya posibilitado el ejercicio de la acción penal por los perjudicados, los cuales efectivamente pueden personarse en el expediente y realizar alegaciones...pero una vez solicitado por el ministerio Fiscal dicho trámite al concluir la instrucción como contempla el art 30...sin que en dicho precepto se contenga otra alusión a la acusación particular o las víctimas...y todo ello en consonancia con la declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley en cuanto dice en el apartado 1.2 “simultáneamente encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso...”

2.3.2.3 Obligación del Juzgado de dar traslado a la acusación particular de la petición de sobreseimiento del Fiscal antes de acordarlo

AAP Barcelona secc. 3ª nº 551/2011, de 27 de julio Pte: Grau Gasso, José

“La Magistrada de instancia accedió al sobreseimiento provisional de las actuaciones solicitado por el Ministerio Fiscal sin que, previamente, hubiera dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 31 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...Efectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 33 de la LORPM, el Juzgado de Menores puede acordar el sobreseimiento de las actuaciones dictando una resolución motivada, pero, previamente, el Secretario Judicial deberá dar traslado de las actuaciones a quienes ejercitan la acción penal i civil y también a los letrados de las defensas, y solo teniendo en cuenta los escritos presentados por los acusados y las defensas podrá decidir si hay elementos suficientes para abrir el trámite de audiencia o si, por el contrario, procede acordar el sobreseimiento de las actuaciones...En consecuencia, sin entrar a conocer sobre la corrección o no del auto impugnado, es procedente estimar el recurso de apelación interpuesto y dejar sin efecto dicha resolución, a fin y efecto de que el Juzgado de Menores

cumpla con el trámite previsto en el art. 31 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores como trámite previo para decidir si procede abrir el trámite de audiencia o, en su caso, acordar el sobreseimiento de la causa”.

2.3.2.4 Posibilidad de personación de la acusación particular aún con posterioridad a los escritos de alegaciones de Fiscal y Defensa

AAP Madrid secc. 4ª nº 144/2010, de 23 de julio Pte: Molina Marín, Josefina

“Se alza el recurrente contra la providencia por la que se tiene por personada en calidad de Acusación Particular al menor víctima de los hechos objeto de este expediente, seguido por un presunto delito de agresión sexual del art. 181.1 del CP, y un delito intentado de abuso sexual de los arts. 181.1 y 182.1º y 2º del CP , en la consideración de que no se prevé la posibilidad de personación una vez se han producido los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal y la defensa, dictándose Auto de Apertura del Trámite de Audiencia, y estando convocada la celebración de la vista, todo ello conforme al art. 4 de la LORPM , como a los arts. 109 y 110 de la LECR. El recurso debe ser desestimado...En el supuesto de autos, la personación del menor víctima de los hechos como Acusación Particular, cumple con los requisitos que la LORPM exige para la personación como Acusación Particular en el expediente de reforma, de conformidad a lo dispuesto en el art. 25 de la Ley Orgánica 5/2000, antes transcrito, así como de la Disposición Final Primera de la referida Ley, que establece el carácter de norma supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular del régimen legal del Procedimiento Abreviado, y de la jurisprudencia configurada por las SSTS de 18 de febrero de 2005 y de 2 de octubre de 2005 en orden a la interpretación del artículo 785.3 de la citada LECR, sin que pueda estimarse extemporánea la personación de la víctima en la fase de calificación, salvo para formular escrito de alegaciones y proponer las pruebas que considere oportunas (art. 31 de la LORPM), pues como señala el Juez a quo, la Acusación Particular puede personarse en cualquier fase del procedimiento, teniendo por precluidos los trámites en que no haya intervenido”.

3. PRONUNCIAMIENTOS MAS RELEVANTES EN MATERIA DE PROTECCION

3.1 Del Tribunal Constitucional

3.1.1. Derecho a un proceso con todas las garantías, a la defensa y asistencia de letrado y a la tutela judicial efectivas

[STC 71/1990, de 5 de abril de 1990](#) Sala Primera

Se denuncian tales infracciones a consecuencia de la tramitación seguida por parte del Tribunal Tutelar de Menores en el ejercicio de sus facultades protectoras, procedimiento que supuso la aplicación de una serie de preceptos de la legislación sobre Jurisdicción de Menores que, se denuncian como abiertamente inconstitucionales

3.1.2 Derecho de audiencia bilateral

[STC 143/1990, de 26 de septiembre de 1990](#) Sala Primera

Se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de toda indefensión

3.1.3 Desamparo. No escolarización. Pertenencia de los padres a una "secta"

[STC 260/1994 de 3 de octubre de 1994](#) Sala Primera

3.1.4 Audiencia del menor en procesos de familia

[STC 163/2009 de 29 de junio de 2009](#) Sala Segunda

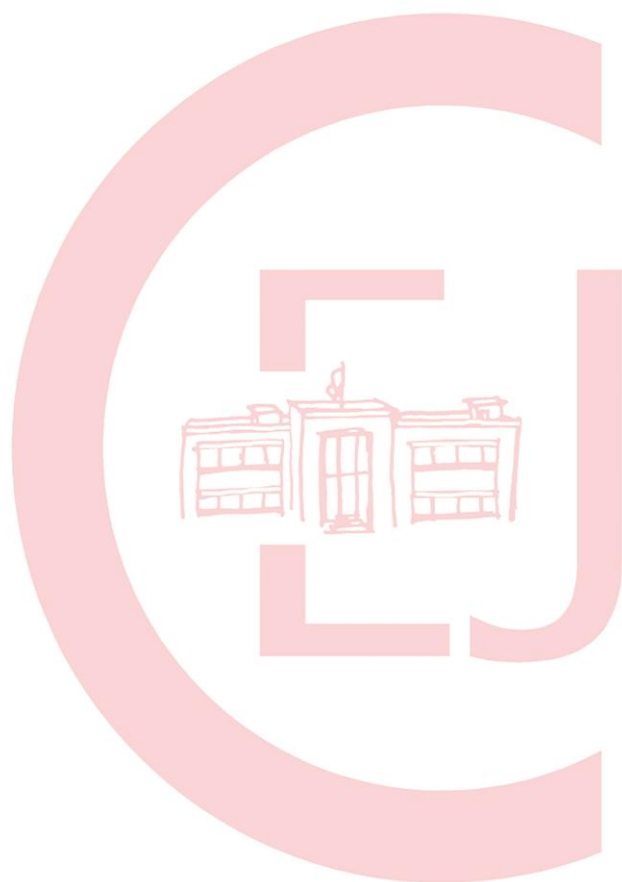
3.1.5. Escolarización obligatoria

[STC 133/2010 de 2 de diciembre de 2010](#) Sala Primera



BIBLIOGRAFÍA

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR L. (“El niño y los derechos humanos” en “Los derechos de los niños: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”. Dykinson 2007. Se sostiene aquí que la Convención termina con aquella concepción del niño como propietario-no-ciudadano para afirmar una concepción del niño como ciudadano-en-desarrollo.



Centro de
Estudios
Jurídicos

ANEXOS

1.- STC 36/1991, de 14 de febrero de 1991

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás Valiente, Presidente, don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 1001/88, 291/90, 669/90, 1629/90, y 2151/90, formuladas, respectivamente, por los Jueces de Menores de Tarragona, núm. 2 de Barcelona, núms. 3 y 4 de Madrid, y el de Oviedo, sobre el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, y, en su caso, sobre diversos preceptos de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Han sido partes el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado, y ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Rubio Llorente, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El día 31 de mayo de 1988 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Auto de 25 del mismo mes y año del Juzgado de Menores de Tarragona, por el que se plantea. En el expediente núm. 97/88, seguido contra un menor que participó en la sustracción de un ciclomotor, cuestión de inconstitucionalidad sobre el texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, en su totalidad, por conculcar el art. 117 C.E., o, alternativamente, la inconstitucionalidad de los arts. 16, 18 y 23 de la Ley como contrarios al art. 25.1 C.E., y el art. 15 de la misma en relación con los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento por infringir el art. 24 C.E. Dicho asunto fue registrado con el núm. 1001/88.

2. El día 6 de febrero de 1990 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Auto de 18 de diciembre de 1989, del Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona, por el que se plantea, en el expediente núm. 1432/87, seguido contra un menor implicado en hechos constitutivos de robo con violencia en las personas, abusos deshonestos y amenazas, cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 15 de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores en relación con los arts. 9, 10, 14, 17, 24, 25, 117, 120 y 124 C.E.: pide asimismo, que si se estima procedente, se extienda la declaración de inconstitucionalidad por los mismos motivos a los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 1.º, B) y C); 11, 16, 17, A), y 20 y 22 de la mencionada Ley. Dicho asunto fue registrado con el núm. 291/90.

3. El día 14 de marzo de 1990 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Auto del Juzgado de Menores núm. 3 de Madrid, de 13 de marzo del mencionado año, por el que se plantea, en

las diligencias previas núm. 489/89, incoadas contra un menor que participó en la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno e imprudencia con resultado de muerte y daños materiales, cuestión de inconstitucionalidad sobre el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Ley y Reglamento, por ir en contra de los arts. 9, 3, 10, 14, 24, 25 y 39.4 C.E., o, en su caso, y para el supuesto concreto que motiva la cuestión, que se declare que los arts. 15 y 16 de dicha Ley son contrarios a los mismos preceptos constitucionales. Dicho asunto fue registrado con el núm. 669/90.

4. El 27 de junio de 1990 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Auto del Juzgado de Menores núm. 4 de Madrid, de 7 de junio anterior, por el que se plantea, en el expediente núm. 70/90, seguido contra un menor que participó en la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno, cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, por contradicción con los arts. 9.3, 14 y 24 C.E. Dicho asunto fue registrado con el núm. 1629/90.

5. El 21 de agosto de 1990 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal Auto del Juzgado de Menores de Oviedo, de 31 de julio del mencionado año, por el que, en las diligencias previas núm. 185/89, incoadas contra dos menores implicados en un hecho constitutivo de violación, se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre los arts. 15 y 16 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en relación con lo dispuesto en los arts. 9.3, 10.2, 14, 24, 17.3, 120 y 124 C.E. Dicho asunto fue registrado con el núm. 2151/90.

6. Todas las cuestiones de inconstitucionalidad parten de que el procedimiento para la corrección de menores tiene las características de un proceso y coinciden en lo sustancial de sus argumentos. Tienen, sin embargo, muy distinto alcance, pues en tanto que las cuestiones 1001/88 y 669/90 pretenden la declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, esto es, tanto de la Ley (en lo sucesivo, L.T.T.M.) como del Reglamento, y la cuestión 291/90 extiende también sus dudas a la mayor parte de los artículos de esta última, las cuestiones restantes se centran sobre artículos concretos, que coinciden, por lo demás, con aquellos que, en las antes citadas, son objeto de una consideración específica. Así, las cuestiones 1001/88, 669/90 y 2151/90, plantean la inconstitucionalidad del art. 16 L.T.T.M., por otorgar al Juez una desmesurada discrecionalidad, toda vez que los mismos hechos cometidos por diferentes menores en los que concurren diversas condiciones morales y sociales pueden dar lugar a la aplicación indistinta e indiscriminada de las medidas previstas en el art. 17 L.T.T.M., vulnerándose con ello los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y seguridad jurídica reconocidos en el art. 9.3 C.E., así como el principio de igualdad garantizado en el art. 14 C.E. y el principio de legalidad penal del art. 25.1 C.E. La incompatibilidad con este último, de los arts. 18 y 23 L.T.T.M. se afirma también en la primera de las cuestiones últimamente citadas.

Todos los Jueces de Menores coinciden en cuestionar la inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., basándose en los siguientes argumentos.

a) En primer lugar, el mencionado precepto conculca los arts. 10.2, 39.4 C.E. Si bien, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, nada se especifica en cuanto a los menores respecto a los derechos y garantías que en ellos se establecen, en virtud del principio de igualdad y no

discriminación consagrados en los mismos, hay que entender que tales derechos amparan también a los menores.

Y en este sentido, se resalta que las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores («Reglas de Beijing», de 29 de noviembre de 1985), en los apartados 2.3 y 7.1, hacen referencia a las garantías de los procesos de menores y a los derechos de éstos. También, la Recomendación 20/1987, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada el 17 de septiembre de 1987, relativa a las «Reacciones Sociales ante la Delincuencia Juvenil», refuerza la posición legal de los menores durante todo el procedimiento. Por último, aluden a la Convención de las Naciones Unidas relativas a los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que establece una serie de garantías en procedimientos en materia de menores.

b) El art. 15 L.T.T.M. infringe también el art. 9.3 C.E., ya que, al no disponer un procedimiento específico adaptado a la especial situación del menor, los Jueces de Menores aplican diferentes normas procesales, provocando inseguridad jurídica. Con ello se vulnera igualmente el principio de igualdad garantizado en el art. 14 C.E., porque, al existir un vacío legal en cuanto al mínimo cauce procesal a seguir respecto del menor enjuiciado, se ha hecho posible que a los menores no se les hayan aplicado las garantías procesales con que cuentan los adultos en idéntica situación, habiendo una desigualdad de trato.

c) Pero el alegato fundamental recogido en todas las cuestiones de inconstitucionalidad es el de que el art. 15 L.T.T.M. va en contra del art. 24 C.E. y ello por varias razones. En primer lugar, y en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, porque el mandato, contenido en el precepto cuestionado, de que las resoluciones que se dicten en materia de procedimiento de menores se redacten concisamente, han dado como consecuencia que las resoluciones de los Juzgados de Menores muchas veces en la práctica carezcan de motivación, infringiendo el art. 120.3 C.E. y con ello también el indicado derecho fundamental, pues como ha dicho el Tribunal Constitucional en las SSTC 95/1983 y 96/1983, los requisitos y formas procesales cumplen un papel esencial en la ordenación del proceso.

Por otro lado, aun cuando muchos de los derechos consagrados por el art. 24.2 se puedan ejercer directamente por obra de lo dispuesto en la disposición derogatoria tercera de la Constitución Española, y el art. 5.1 L.O.P.J., hay otros de los que sólo pueden gozarse mediante la acción del legislador. Así es imposible la aplicación en estos casos del principio acusatorio que, como resalta la STC de 28 de marzo de 1988, forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal, conculcándose lo establecido en los arts. 124 y 117, 3 y 4, C.E., ya que de otro modo se convertiría el Juez en acusador, función que no le corresponde.

También se vulnera el derecho a un proceso público contenido en el art. 24.2 y 120.1 C.E., así como en el art. 6.1 del Convenio de Roma y 14.3 c) del Pacto de Nueva York. Igualmente se infringe el principio de oralidad del apartado 2.º del art. 120 de la C.E. y los derechos reconocidos en el art. 17 C.E. Y por último, en relación con el art. 15 L.T.T.M., el Juez de Menores de Tarragona plantea la inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento, por los mismos motivos anteriormente expuestos.

7. Por providencia de 6 de junio de 1988, la Sección Segunda acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1001/88, y dar traslado de las actuaciones al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaran convenientes a tenor del art. 37.2 LOTC.

Igualmente, se acordó lo expuesto anteriormente en cuanto a las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90, por providencias, respectivamente, de la Sección Cuarta de 12 de febrero de 1990, de la Sección Segunda de 2 de abril de 1990, de la Sección Tercera de 11 de julio y 17 de septiembre de 1990.

El Presidente del Congreso de los Diputados, en nombre del Congreso, comunicó al Tribunal que la Cámara no se personaría en las cuestiones de inconstitucionalidad ni formularía alegaciones, pero puso a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar.

El Presidente del Senado, en nombre del Senado, solicitó se le tuviera por personada a la Cámara en las cuestiones de inconstitucionalidad, y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. El Fiscal General del Estado formuló escrito de alegaciones a las diversas cuestiones de inconstitucionalidad. En primer término, considera respecto a la posible inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores planteada a la cuestión núm. 1001/1988, en relación con el art. 15 de la citada Ley, que no puede ser objeto del presente procedimiento, ya que la cuestión de inconstitucionalidad, de acuerdo con el art. 163.1 exige norma con rango de Ley aplicable al caso, sin que pueda hacerse pronunciamiento sobre las normas de inferior rango.

En segundo lugar, la inconstitucionalidad del texto refundido de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, Ley y Reglamento, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, planteada en las cuestiones núms. 1001/88 y 669/90, así como la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9.1, B); 9.1, C): 11, 16, 17, A), y 20 y 22 de la citada Ley planteada en la cuestión núm. 291/90 no son atendibles ya que la totalidad de la normativa, por un lado, no tiene en su conjunto rango de Ley, porque se alude también al Reglamento, y, de otro, la inconstitucionalidad de la totalidad de la disposición normativa con fuerza de Ley sólo puede reconducirse por medio del recurso de inconstitucionalidad desarrollado en el capítulo segundo del título II de la LOTC. No constituyendo las cuestiones de inconstitucionalidad un mecanismo abstracto de control de la inconstitucionalidad de las normas (STC 127/1987), y requiriendo, además, conforme a lo establecido en el art. 163 C.E. y el art. 35.2 LOTC, que la norma con rango de Ley cuestionada tenga influencia decisiva en la resolución que deba pronunciar el órgano judicial.

Por tanto, el Fiscal General del Estado considera que las cuestiones de inconstitucionalidad deben tener sólo por objeto los arts. 15, 16, 18 y 23 L.T.T.M., ya que sólo respecto a estos preceptos se cumplen los requisitos necesarios para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En cuanto al art. 16, se alega que en éste sólo se contiene una remisión general a los hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal, sin describir ninguna otra conducta susceptible de generar una medida reformadora o de protección que pudiera en cierto modo limitar o restringir alguno de los derechos constitucionalmente protegidos. Tampoco el art. 18 incorpora elementos descriptivos de conductas sancionables o determinantes de medidas protectoras. Por tanto, estos preceptos no señalan penas o sanciones, aunque sí la posibilidad de adoptar medidas de carácter reformador o de protección. La ausencia de pena se justifica por la falta de imputabilidad del menor y consiguientemente de responsabilidad. De aquí que las resoluciones de los Jueces de menores adopten la terminología de Acuerdos que no son sancionadores ni definitivos, pudiendo modificarse y aun dejarse sin efecto por el propio Juez de conformidad con el art. 23 L.T.T.M., y esta discrecionalidad otorgada a los Jueces de Menores no afecta al principio de legalidad del art. 25.1 C.E., ya que aquélla se predica de

medidas educativas o reformadoras, ajenas al ordenamiento sancionador. Además, dicha discrecionalidad dentro del proceso de menores está reconocida en el ámbito internacional en la regla 6.1 de las llamadas «Reglas de Beijing». Por lo que los arts. 16, 18 y 23 L.T.T.M. no son inconstitucionales.

En cambio, manifiesta el Fiscal General del Estado, que va en contra del art. 24, 1 y 2, C.E. lo establecido en el art. 15 L.T.T.M., ya que en el mismo se establece un principio inquisitivo, puesto que sólo actúa el Juez, sin que intervenga el Ministerio Fiscal ni otro órgano o institución, violándose el derecho a un proceso con todas las garantías, ya que falta el derecho a ser oído, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a la contradicción procesal, el derecho a la defensa, etc.

El art. 24 C.E. también alcanza a los procesos de menores, aunque persigan fines correccionales, educativos o protectores, porque los derechos fundamentales se reconocen a todas las personas, sin que sea posible ninguna discriminación. Así, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. y las «Reglas de Beijing» disponen una serie de garantías y derechos en el proceso en materia de menores, y, por último, la Resolución 20/1987, del Consejo de Europa, establece la necesidad de reforzar la posición legal de los menores durante todo el proceso, reconociéndoles las mismas garantías procesales que a los adultos.

Finalmente se alega que la STC 71/1990, recaída en los recursos de amparo acumulados 1767/1987 y 6/1988, versa sobre el procedimiento para suspender el derecho de los padres a la guarda y educación de sus hijos menores, que se regula principalmente en los arts. 13 y 14 L.T.T.M., llegándose a la conclusión de que no se vulneraron los derechos fundamentales invocados, pero no afecta al art. 15, que se refiere al procedimiento para corregir y proteger a los menores, que va en contra de lo establecido en el art. 24 C.E. y, además, en cuanto al carácter público del proceso, contra lo dispuesto en el art. 120.1 C.E. y art. 6.1, del Convenio de Roma.

En atención a lo expuesto, el Fiscal General del Estado interesa que se dicte Sentencia por la que se declare que el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores es inconstitucional por oposición a los arts. 24,1 y 2 C.E., y que se acuerde la acumulación de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad a la número 1001/1988.

9. El Abogado del Estado se personó, en nombre del Gobierno, y presentó escrito de alegaciones, aludiendo, en primer lugar, respecto a los requisitos formales, que hay una ausencia de condiciones procesales respecto a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, ya que las mismas pueden ser apreciadas no sólo en el trámite de admisión prevista en el art. 37.1 LOTC, sino también en las Sentencias (SSTC 3/1988, 4/1988, 141/1988 y 188/1988).

Así, manifiesta que de los arts. 163 C.E. y 35 LOTC se deriva que la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales. Pues bien, el procedimiento para corregir y proteger a los menores que regula el Decreto de 11 de junio de 1948 no es un proceso, por no concurrir los requisitos anteriormente mencionados, por lo que los Juzgados de Menores no tienen atribuida la facultad de promover cuestiones de inconstitucionalidad en los presentes supuestos, ya que los procedimientos que tramitan no son verdaderos procesos.

En cuanto a las cuestiones núms. 1001/88, 291/90 y 669/90, se alega asimismo por el Abogado del Estado que la pretendida declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación en materia de menores es inadmisibles, ya que la cuestión de inconstitucionalidad

no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un mecanismo de control concreto, y como quiera que sería un uso no adecuado a su naturaleza, se incumple en este punto, por consiguiente, los requisitos de los arts. 163 de la C.E. y 35 LOTC.

La cuestión núm. 1001/88 adolece también de otro defecto de carácter formal, como es que al plantear la cuestión de inconstitucionalidad sólo se ha dado audiencia al Ministerio Fiscal, y no al menor o su representante legal, siendo la falta de audiencia un defecto insubsanable (SSTC 4/1988 y 67/1988); debiendo quedar excluido de la citada cuestión la pretendida declaración de inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento, ya que de acuerdo con los arts. 163 C.E., 35.2 LOTC y 5.2 L.O.P.J., el proceso que nos ocupa únicamente puede iniciarse en relación a normas con rango de Ley o con fuerza de Ley.

Por último, en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales, se aduce que las cuestiones núms. 291/90 y 2151/90 no se ajustan a los límites constitucionales, porque para ser admitida una cuestión de inconstitucionalidad es necesario que al plantearse se ofrezca una fundamentación suficiente de la inconstitucionalidad y de la relación entre la norma cuestionada y el fallo, careciendo de juicio de relevancia las citadas cuestiones, sin que tenga incidencia alguna en el curso del proceso la anulación de los arts. 15 y 16 L.T.T.M.

En cuanto al fondo del asunto, el Abogado del Estado examina la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 15, 16, 18 y 23 L.T.T.M.

Los arts. 16, 18 y 23 L.T.T.M. no son contrarios al principio de tipicidad en materia sancionadora del art. 25.1 C.E. desde el punto de vista formal, único aspecto puesto de manifiesto en la cuestión núm. 1001/1983, ya que no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución (STC 11/1981), ni tampoco ignorar que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de Ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada (STC 15/1981).

Por otra parte, tampoco el art. 16 L.T.T.M. conculca los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de seguridad jurídica recogidos en el art. 9.3 C.E. y el principio de igualdad del art. 14 C.E., porque el principio de unidad jurisdiccional «es compatible con la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales y de diversos procedimientos que se desarrollan ante cada orden jurisdiccional con arreglo a sus respectivas competencias» (STC 71/1990). Y además, el art. 16 L.T.T.M. sólo dispone que, en los procedimientos para corregir a los menores por hechos calificados como delitos o faltas en el Código Penal, los Jueces apreciarán los hechos con razonada libertad de criterio y prescindiendo del concepto y alcance jurídico-penal de tales hechos, no determinando la desvinculación del juzgador de los principios y preceptos constitucionales que, en todo caso, está obligado a aplicar.

Respecto al art. 15 L.T.T.M., señala el Abogado del Estado que este precepto se limita a diferenciar la tramitación del procedimiento que se sigue ante los Tribunales Tutelares de Menores de aquel cuya tramitación corresponde a la jurisdicción penal, no vulnerando ningún precepto constitucional.

Así, no se contraviene el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 de C.E., no justificándose dicha vulneración en las cuestiones de inconstitucionalidad.

Tampoco el art. 15 L.T.T.M. implica desigualdad ante la Ley ni en la aplicación de la Ley en relación con los adultos, existiendo circunstancias que justifican la diferente tramitación de los procesos que afectan a los menores respecto de aquéllos que se siguen frente a adultos y, por otro lado, el precepto en cuestión, en sí mismo, no legitima una desigualdad en la

aplicación de la Ley, sino que establece previsiones generales respecto de la tramitación de los procedimientos.

El art. 15 L.T.T.M. no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E., ya que el contenido de este derecho se ha de satisfacer, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional en la STC 71/1990, en el marco de una única jurisdicción, pero ello es compatible con la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales y de diversos procedimientos que se desarrollan ante cada orden jurisdiccional con arreglo a sus respectivas competencias. No padeciendo el mencionado derecho, si la especialidad de las reglas que rige los procedimientos que ante los distintos órdenes jurisdiccionales se siguen, se hace compatible, en todo caso, con un nivel de garantías procedimentales básicas que deben concitarse con la defensa y tutela de los intereses prioritarios (en este caso, los derechos del menor) que son objeto de la actividad jurisdiccional.

El Abogado del Estado, en lo referente a la vulneración del precepto cuestionado del derecho a un proceso público garantizado en el art. 24.2 C.E., aduce que el mencionado derecho se reconoce en nuestra Constitución con unos límites que son los previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Tratados Internacionales suscritos por España sobre las mismas materias. Así, el art. 6.1 del convenio de Roma establece que los intereses de los menores pueden justificar la limitación que ha de encontrarse legalmente prevista (art. 120.1 C.E. y 232.1 L.O.P.J.). Las especiales características que presentan los procedimientos de corrección y reforma que se tramitan en relación con menores justifican el art. 15 L.T.T.M., ya que el procedimiento de corrección no tiene carácter sancionador, sino educativo y tutelar. Pero además la no publicidad del procedimiento no supone una restricción de las garantías del menor, y el carácter provisional de las medidas que adopten los Jueces de Menores (art. 23 L.T.T.M.) constituye, por si mismo, suficiente garantía y permite un control público permanente de los acuerdos adoptados, incluso después de la terminación del procedimiento. En todo caso, la conveniencia de evitar la publicidad en alguno de los procedimientos de los que conocen los Jueces de menores, concretamente en el ejercicio de la facultad protectora se ha puesto ya de manifiesto por el Tribunal Constitucional en la STC 71/1990. Y esta misma Sentencia determina que la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos en materia de menores no es la de actuar como acusador sino la de salvaguardar los intereses del menor.

Por último, se alega que la pretendida inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M. no se presenta en las cuestiones planteadas como resultado de su confrontación con algún parámetro de constitucionalidad, sino que se constituye en hipótesis justificadora de la necesidad de una reforma de la legislación sobre menores. Y el esquema procedimental que tan sólo se esboza en el art. 15 L.T.T.M. no supone ningún obstáculo para la aplicación de los principios contenidos en la Constitución, siendo esta norma directamente aplicable.

En virtud de lo expuesto, el Abogado del Estado suplica que se declare no haber lugar a pronunciarse sobre las cuestiones de inconstitucionalidad y, subsidiariamente, se desestimen las cuestiones y declare ser conforme a la Constitución los preceptos legales cuestionados. Y asimismo solicita que se acumulen las diversas cuestiones de inconstitucionalidad a la núm. 1001/88.

10. Por Auto de 29 de octubre de 1990, el Pleno acordó acumular las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 291/90, 669/90, 1629/90 y 2151/90, a la registrada con el núm. 1001/88.

11. Mediante providencia de 12 de noviembre de 1990, la Sección Tercera acordó recabar del Consejo General del Poder Judicial la contestación a la consulta elevada a dicho órgano por los Jueces de Menores de Madrid el 4 de marzo del mencionado año, sobre el procedimiento para corregir a menores.

El 20 de noviembre de 1990 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el informe de fecha 30 de mayo de 1990, del Consejo General del Poder Judicial, elaborado en contestación a la anterior consulta. En dicho informe se aduce, en primer lugar, que las cuestiones planteadas por los Jueces de Menores de Madrid tienen un carácter básicamente jurisdiccional, por lo que frente a cualquier posible contestación se alzaría la prohibición establecida en el art. 12.3 L.O.P.J. No obstante, se pone de manifiesto la necesidad de reformar la actual legislación de menores, ya que la actual situación de la jurisdicción de menores es de gran inseguridad jurídica, procediendo instar al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, a que ejerza su iniciativa legislativa y remita cuanto antes a las Cortes Generales el proyecto de reforma de la legislación tutelar de menores. Y también procede dirigirse al Fiscal General del Estado a fin de que establezca criterios uniformes de actuación del Ministerio Fiscal por el medio que estime oportuno.

12. La Sección Tercera, por providencia de 21 de noviembre de 1990, acordó dar traslado del informe del Consejo General del Poder Judicial al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado, para que en el plazo común de diez días alegarán lo que a su derecho conviniera.

El Abogado del Estado, mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 1990, señaló que el informe del Consejo General del Poder Judicial no aporta ninguna luz que pueda ayudar a resolver la cuestión de fondo planteada, ya que no contiene el más mínimo razonamiento jurídico sobre la adecuación a la Constitución de los preceptos cuestionados.

El Fiscal General del Estado presentó escrito el 7 de diciembre de 1990, aduciendo que el informe del Consejo General del Poder Judicial pone de manifiesto, de un lado, la incompatibilidad del procedimiento de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores con la Constitución, cuando excluye a aquel procedimiento de las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones (art. 15 L.T.T.M.), lo que equivale a sustraerle de las garantías procesales que constituyen hoy buena parte de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24.1 y 2 C.E. Y de otro lado, también pone de relieve la conveniencia de que sean resueltas con la mayor premura posible las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en este proceso.

13. Por providencia de 12 de febrero de 1991, se acordó señalar para deliberación y votación de las cuestiones de inconstitucionalidad el día 14 siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Antes de entrar en el fondo de las dudas planteadas, es preciso determinar si se cumplen las condiciones procesales exigidas por los arts. 35 y 36 LOTC para la admisión de las mencionadas cuestiones de inconstitucionalidad, pues tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado oponen diversos reparos al respecto y, según ha declarado este Tribunal, «la falta de condiciones procesales puede ser apreciada no sólo en el trámite de admisión previsto en el art. 37.1 LOTC sino también en la Sentencia» (STC 141/1988, y en el mismo sentido SSTC 3/1988, 4/1988, 188/1988, 41/1990, 157/1990, 186/1990).

2. El Abogado del Estado alega frente a todas las cuestiones de inconstitucionalidad que, como se infiere de los arts. 163 C.E. y 35 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad sólo puede plantearse en el seno de un proceso, siendo realidades inherentes al mismo la satisfacción de intereses y el enfrentamiento de las partes procesales. Los procedimientos en los que se plantean las diferentes cuestiones por los Jueces de Menores, por el contrario, no son verdaderos procesos, sino procedimientos de carácter educativo y cautelar, en los que no cabe promover cuestiones de inconstitucionalidad; éstas son por tanto inadmisibles.

La cuestión de cuál sea la naturaleza del procedimiento que se sigue en los Juzgados de Menores, y concretamente, del procedimiento corrector o reformador en el que se plantean las presentes cuestiones es, sin embargo, uno de los temas básicos que es preciso resolver a las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas. Abordar tal problema como motivo de inadmisibilidad supondría emitir un juicio anticipado sobre uno de los principales puntos controvertidos. Basta, por ello, para rechazar la causa de inadmisibilidad invocada, con adelantar que nos encontramos ante un proceso seguido ante órganos que ejercen potestad jurisdiccional, cuyas decisiones pueden ser apeladas ante la Audiencia Provincial respectiva (art. 82.3 L.O.P.J.).

En lo que respecta a la naturaleza de los procedimientos seguidos ante los Juzgados de Menores, este Tribunal en STC 71/1990, y ATC 473/1987 y 952/1988, si bien puso de manifiesto la peculiar naturaleza del procedimiento de protección de menores, regulado junto con el procedimiento reformador en el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (en adelante, L.T.T.M.), no cuestionó, en momento alguno, su naturaleza como un verdadero proceso. Idéntica afirmación, con más fundamento aún, hay que realizar en el procedimiento para corregir o reformar a menores. No es admisible negar el carácter de proceso, como argumento de inadmisibilidad, aduciendo la falta de contradicción, la no intervención del Ministerio Fiscal ni de Letrado defensor del menor, pues ello constituye precisamente uno de los principales motivos aducidos para cuestionar la constitucionalidad del citado precepto que, pese a regular un cauce procesal para imponer medidas reformadoras a los menores que hubiesen incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delitos o faltas, no prevé la necesaria intervención de tales partes, ni otras garantías procesales que pudiesen considerarse imprescindibles en un Estado de Derecho para este tipo de procedimientos.

Por otra parte, este procedimiento se sigue ante órganos con potestad jurisdiccional, pues los Jueces de Menores son conforme a nuestra legislación vigente miembros integrantes del Poder Judicial. El texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por el Decreto de 11 de junio de 1948, convertía a los Tribunales de Menores en organismos híbridos administrativos-jurisdiccionales, ya que podían estar formados por personas ajenas a la carrera judicial, nombrados por el Ministro de Justicia y que, además, dependían, según la Ley, de un Organismo, el Consejo Superior de Protección de Menores, dependiente a su vez del Ministerio de Justicia. Dicha estructura se alteró ya por las modificaciones introducidas por el Decreto 414/1976, de 26 de febrero, que posibilitó al personal de la carrera judicial o fiscal en activo la compatibilidad de sus funciones con el ejercicio de la jurisdicción de menores y ha sido radicalmente cambiada después de la entrada en vigor de la Constitución y en consonancia con ésta.

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en efecto, en cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución incardina a los Tribunales Tutelares de Menores, que son sustituidos por los Juzgados de Menores, dentro de la jurisdicción ordinaria, dejando de ser una jurisdicción especial, y establece que los Jueces de Menores tienen potestad jurisdiccional (art. 26), correspondiéndoles «el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y

aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes» (art. 97). Otras consecuencias, por ejemplo, de la incardinación dentro de la jurisdicción ordinaria de la jurisdicción de menores son las relativas a la elección de Decano (art. 166), reparto de asuntos (art. 167) concursos de provisión (aunque en este caso con preferencia por la especialización, art. 329.1 y 3, aprobándose el Reglamento para la especialización como Juez de Menores, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16 de junio de 1987). Por último, la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, ha determinado la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Menores, que tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente. Por lo tanto, no cabe ninguna duda, que actualmente los Jueces de Menores son miembros integrantes del Poder Judicial, por lo que son independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, siendo los Juzgados de Menores, Juzgados ordinarios y especializados.

3. El Fiscal General y el Abogado del Estado aducen que la pretendida declaración de inconstitucionalidad de toda la legislación de Menores, planteada en las cuestiones núms. 1001/88 y 669/90, así como la inconstitucionalidad de los arts. 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9.1 B), 9.1 C), 11, 16, 17 a), 20 y 22 planteada en la cuestión núm. 291/90, no son admisibles, ya que la cuestión de inconstitucionalidad no es una institución procesal que permita impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un mecanismo de control concreto, para resolver las dudas que suscite la constitucionalidad de una Ley, de cuya validez dependa el fallo que, en un proceso concreto, se ha de dictar.

En este punto la excepción ha de ser aceptada, pues como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Tribunal (SSTC 17/1981, 94/1986, 106/1986 y 55/1990), la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. Por eso, uno de los requisitos imprescindibles para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad derivados de los arts. 163 y 352 LOTC, es el llamado «juicio de relevancia», ya que, en otro caso, no cabría apreciar la existencia de las graves razones que permitieran acometer el juicio de constitucionalidad de la Ley.

Por todo ello, no es admisible el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad frente a toda la legislación de menores, en su conjunto, o en gran parte de su articulado, pues no todos los preceptos en ella contenidos tienen una influencia decisiva para la resolución de los asuntos de los que conocen los Jueces de Menores que promueven las anteriormente mencionadas cuestiones.

Tampoco es lícito cuestionar el Decreto de 11 de junio de 1948, por el que se aprueba el Texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en la medida en la que contiene, junto a normas de rango legal, otras que no pueden ser objeto de cuestión de inconstitucionalidad por no tener rango de ley, ya que tal y como disponen los arts. 163 C.E. y 35.2 LOTC, es requisito necesario para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que la norma de cuya validez depende el fallo tenga dicho rango, circunstancia que sólo concurre en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. De ahí que queden fuera de este proceso la pretendida inconstitucionalidad de los arts. 29, 68 y 69 del Reglamento para la ejecución de la L.T.T.M., planteada en la cuestión núm. 1001/88, sin perjuicio de que tales preceptos, si hacen un desarrollo de la norma legal incompatible con la interpretación de ésta que exige la Constitución deban ser tenidos por ilegales, y en consecuencia no aplicados por los Jueces (art. 6 L.O.P.J.).

4. El Abogado del Estado niega por último la existencia del llamado «juicio de relevancia» en las cuestiones núms. 291/90 y 2151/90, exigido por el art. 35.2 LOTC, por entender que ambas hacen referencia exclusivamente a la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento reformador de menores.

En relación con este argumento, conviene poner de manifiesto en primer término, que el art. 15 L.T.T.M. regula conjuntamente el procedimiento para corregir y proteger a los menores. De modo que suscitándose todas las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en el marco del procedimiento reformador, el citado juicio de relevancia no afecta al valor de dicho precepto en el procedimiento protector, cuya naturaleza propia no puede ser tomada aquí en consideración por no ser ello pertinente.

Centrándonos, por tanto, en el procedimiento corrector, y suscitadas las dudas en torno a si la presencia o no del Ministerio Fiscal puede tener influencia decisiva en la resolución que se adopte en los mismos, cabe señalar que tanto la intervención del Ministerio Público como el respeto a otras garantías procesales básicas, tendrían una indudable trascendencia en los respectivos procedimientos y, en consecuencia, en la futura decisión que en éstos pudiese adoptarse, máxime cuando este Tribunal ha señalado de manera reiterada, así en la STC 42/1990, que «si bien puede rechazarse la cuestión de inconstitucionalidad cuando se estime notoriamente infundada, ello no implica que pueda sustituirse al órgano judicial para determinar en qué medida depende el fallo de la validez de la norma cuestionada, de forma que -a los efectos de inadmisión que ahora se examinan-, no cabe censurar ni el juicio sobre la aplicabilidad de las normas que hace el Juez a quo, ni la interpretación que de ellas se efectúa, en cuanto no sean manifiestamente irrazonables (STC 4/1988) y sólo cuando de manera evidente y sin necesidad de un análisis de fondo, la norma jurídica cuestionada sea, según principios jurídicos básicos, inaplicable al caso, cabrá reconocer que no cumple dicho requisito procesal (STC 19/1988)».

Por lo que respecta al art. 16 L.T.T.M. que establece el principio de libertad de criterio en lo referente a la apreciación de los hechos calificados de delitos o faltas que se atribuyan a menores, y por su relación directa con éste los arts. 18 y 23 de la mencionada Ley, que aluden a que las medidas que se adopten podrán prolongarse hasta la mayoría de edad civil y modificarse de oficio en cualquier momento, no cabe duda de que, al cuestionarlos, se está cuestionando la exigencia en los citados procesos del principio de legalidad en relación con el de seguridad jurídica que rige en el ámbito penal y en el administrativo sancionador, de modo que no puede negarse la importancia de tal pronunciamiento respecto de los acuerdos que se adopten. De ahí que no quepa negar en modo alguno la concurrencia del requisito de relevancia contenido en el art. 35.2 LOTC. Debe quedar excluido, sin embargo, de este juicio de relevancia, por idénticas razones a las ya señaladas al tratar el art. 15 L.T.T.M., todo lo relativo al ámbito protector contenido en los arts. 18 y 23 de la citada Ley.

Finalmente, y en relación con la cuestión núm. 1001/88, se señala por el Abogado del Estado que solamente se ha oído al Ministerio Fiscal, pero no al menor o al representante legal, siendo por consiguiente un requisito insubsanable. Dicha objeción es rechazable, ya que si bien es cierto que no se puso en conocimiento del menor o su representante legal la posibilidad de alegar lo que a su derecho conviniera sobre la pertinencia de plantear la cuestión (art. 35.2 LOTC), no lo es menos que la falta de alegaciones por parte de un Perito en Derecho en nombre del menor, es precisamente uno de los motivos invocados como fundamento de la inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., en la medida en que la comparecencia y defensa ante los Tribunales de Menores se prevé sin intervención del mismo. Por otra parte, no puede constituirse como un obstáculo para la admisibilidad la falta de

alegaciones sobre una cuestión jurídica por personas legas en Derecho, máxime si se tiene presente que se dio audiencia al Ministerio Fiscal, encargado de promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos (art. 124 C.E.) y asumir o, en su caso, promover la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar, no puedan actuar por sí mismos (art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre) como es el caso de los menores.

En virtud de todo lo dicho en los anteriores Fundamentos, se ha de concluir que las cuestiones están correctamente planteadas y han de ser admitidas a trámite, si bien su objeto se circunscribe a la posible inconstitucionalidad de los arts. 15, 16, 18 y 23 L.T.T.M., en lo referente exclusivamente al ámbito corrector.

Esta delimitación del objeto de la cuestión, no implica pronunciamiento alguno sobre las normas reglamentarias; ni sobre aquellas que, por su conexión directa con los preceptos legales cuestionados, hayan de ser valoradas por el Juez a la luz de lo que sobre éstos hayamos resuelto (art. 5.1 L.O.P.J.), ni sobre aquellas otras que habrá de aplicar o no aplicar en razón del juicio que en cada caso le merezca su conformidad con la Constitución, con la Ley o con el principio de jerarquía normativa (art. 6 L.O.P.J.).

De otra parte, y como es obvio, tampoco esta delimitación puede ser entendida como una implícita afirmación de la constitucionalidad de los restantes artículos de la Ley, pues es una razón estrictamente procesal la que limita nuestro juicio a los cuatro artículos ya indicados. La prudencia aconseja no extenderlo por vía de conexión o consecuencia a otros preceptos de la misma Ley, como autoriza el art. 39.1 LOTC, pues ni la conexión de esos otros preceptos con lo que ahora enjuiciamos es tan estrecha que estemos forzados a hacerlo, ni se aumentaría con ello la adecuación a la Constitución de nuestro sistema de jurisdicción de menores, que, por el contrario, podría verse imposibilitada para cualquier género de actuación.

5. La regulación aprobada por el Decreto de 11 de junio de 1948 está inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo que tengan la consideración de penas o sanciones. Por ello, el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal ni de Abogado defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio Juez el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas.

Esta es, por así decir, la racionalidad interna del sistema en el que se inserta el art. 15 L.T.T.M., en su aspecto reformador, que según los Jueces que promueven las cuestiones y el Fiscal General del Estado, infringe lo dispuesto en los Tratados Internacionales ratificados por España y las garantías contenidas en el art. 24 C.E. para todo tipo de proceso, así como los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) e igualdad (art. 14 C.E.).

El citado precepto señala que en los procedimientos para corregir a menores, «las sesiones que los Tribunales Tutelares celebren no serán públicas y el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose en la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que hayan de fundarse las resoluciones que se dicten, las cuales se redactarán concisamente, haciéndose en ellas mención concreta de las medidas que hubieren de adoptarse.

Las decisiones de estos Tribunales tomarán el nombre de acuerdos, y la designación del lugar, día y hora en que han de celebrarse sus sesiones será hecha por el Presidente del respectivo

Tribunal. Los locales en que actúen los Tribunales de Menores no podrán ser utilizados para actos judiciales».

Es este precepto el que hemos de contrastar con las normas constitucionales e internacionales que los Jueces que plantean las diversas cuestiones invocan.

Entre las constitucionales figuran, en primer lugar, como reiteradamente queda dicho, las contenidas en los arts. 9.3 y 14 Constitución. En lo que toca a la primera de ellas, es cierto que la seguridad jurídica, entendida, en su sentido más amplio, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho es difícilmente conciliable con una situación, como la descrita por alguno de los Jueces proponentes, en la que la ordenación del proceso se hace de distinto modo en los diferentes Juzgados de Menores con presencia en unos casos y ausencia en otros del Ministerio Fiscal y del Letrado asesor. Esta situación no es directamente imputable a la norma misma, sino a la utilización que de ella se hace, pero esta utilización diversa es consecuencia precisamente de la prohibición que la norma cuestionada establece al ordenar que «el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones». Si esta deliberada exclusión de la legislación procesal fuera constitucionalmente admisible, la diversidad de tramitación, en cuanto no afectará a otros derechos de quienes fueran partes en el procedimiento no podría reputarse contraria al principio de seguridad jurídica; si, por el contrario, la mencionada exclusión es en si misma inconstitucional, también la diversidad radical en la tramitación de los procedimientos, de manera que se respeten en unos casos y se ignoren en otros los derechos garantizados en el art. 24 C.E., habrá de considerarse violatoria de lo dispuesto en el art. 9.3 C.E. Como esta última es precisamente la situación, según más adelante razonaremos, ya ahora podemos afirmar que el art. 15 L.T.T.M. viola el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 C.E.

Las mismas razones empleadas para afirmar la violación del principio de seguridad jurídica son utilizadas por los Jueces proponentes para sostener la contradicción entre el cuestionado art. 15 L.T.T.M. y el principio de igualdad, pues esa contradicción se hace depender de la distinta aplicación que unos y otros Jueces hacen de la misma norma. El razonamiento resulta en este caso, sin embargo, inválido, pues si la norma es constitucionalmente adecuada, la diversidad de procedimientos no podrá ser tachada de discriminatoria, y si no lo es, la comparación entre los distintos procedimientos es una comparación entre actuaciones al margen de la Ley, de la que ninguna consecuencia cabe extraer respecto de la igualdad en la aplicación de la Ley. El argumento, que alguna de las cuestiones incorpora también y que el Abogado del Estado rebate, de la posible violación del principio de igualdad por la existencia de dos formas procesales distintas: una para los menores y otra para los adultos, no reviste, como es obvio, la mínima consistencia, pues, como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal. (Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 29 de febrero de 1988; caso Bouamar).

Despejado lo anterior, parece necesario ordenar de algún modo, para entrar en lo que podríamos llamar el fondo de la cuestión, las restantes normas, constitucionales unas e internacionales otras, que los Jueces creen violadas por el precepto cuestionado. Las normas constitucionales son, en concreto, las contenidas en los arts. 10.2, 24, 39.4 y 96.1 de nuestra Carta fundamental. Dos de ellas (10.2 y 96.1) hacen referencia a los tratados o acuerdos internacionales; esta referencia tiene, sin embargo, muy distinto sentido, pues en tanto que una de ellas se limita sólo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, y contiene un mandato dirigido a todos los poderes públicos, la segunda, que abarca todos los tratados internacionales, sea

cual fuere su materia, además de incorporarlos a nuestro ordenamiento interno, los dota de una especial resistencia o fuerza pasiva.

La violación del art. 96.1 que los Jueces cuestionantes aducen no se da en el caso presente; el precepto cuestionado data de 1948, en tanto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales se incorporan a nuestro ordenamiento el 30 de abril de 1977, y el 10 de octubre de 1979, respectivamente, con lo que, como es obvio, la contradicción entre la norma legal y las internacionales, de existir, es la que existe entre la norma anterior y la posterior.

Tampoco puede entenderse autónomamente infringido por el precepto cuestionado el art. 10.2 C.E., pues esta norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello anada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso.

Otro de los preceptos constitucionales presuntamente infringidos es el art. 39.4, según el cual, como se sabe, los niños gozarán en España de la protección prevista en los Acuerdos internacionales que velan por sus derechos, de manera que, en cierto modo, opera una recepción genérica de esas normas de protección que, sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el caso del art. 10.2 no incorpora el contenido propio de derecho fundamental alguno, puesto que, en general (art. 53.3 C.E.) los principios reconocidos en el Capítulo Tercero del Título I, aunque deben orientar la acción de los poderes públicos, no generan por sí mismos derechos judicialmente actuables.

Ciertamente la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal, pero no es esta cuestión que aquí esté planteada, pues la falta de protección para el menor que eventualmente resultaría del art. 15 L.T.T.M. se da, de existir, como consecuencia de la infracción de la norma constitucional que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.

La contradicción con el art. 24 C.E. es, en consecuencia, la que fundamenta realmente la duda que los Jueces proponentes albergan sobre el art. 15 L.T.T.M. Antes de entrar en el análisis de este problema conviene precisar, sin embargo, cuáles son las disposiciones internacionales que hemos de tomar en cuenta para acatar el mandato del art. 10.2 de nuestra Constitución, pues no todas las mencionadas en las cuestiones son Tratados o Acuerdos internacionales ratificados por España. Así sucede con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekin, en el anterior sistema de transcripción) o con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20). Tanto aquéllas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al

legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley. Las disposiciones a tomar en consideración son, por lo tanto, las contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención de Roma, así como, autorizados por el principio *iura novit curia*. Las que recoge la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro ordenamiento en 31 de diciembre de 1990, una Convención que, como es claro, en razón de su fecha, no pudo ser aducida como parte de nuestro ordenamiento por los Jueces proponentes.

6. Expuesto ya antes el contenido del precepto cuestionado en su tenor literal, no es necesario hacer consideración alguna para evidenciar su incompatibilidad con los derechos fundamentales enunciados en el art. 24 C.E. El art. 15 L.T.T.M. excluye rotundamente la aplicación de «las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones» y, en consecuencia, es superfluo enumerar uno por uno los mencionados derechos fundamentales, que establecen, entre otras cosas, los principios básicos que las «reglas procesales vigentes» deben incorporar. Quizá proceda sólo precisar, puesto que ello no deriva *prima facie* de la letra del precepto constitucional, que también el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial, y tal derecho excluye la posibilidad de que el Juez mismo asuma la acusación.

La segunda parte del precepto que ahora consideramos no contiene referencia alguna al procedimiento y en parte ha quedado sin contenido desde la sustitución de los Tribunales colegiados por órganos unipersonales. La precisión que en el mismo se hace de que las decisiones de la jurisdicción de menores (también en ejercicio de la facultad reformadora) sean denominadas Acuerdos, y no Sentencias, e incluso la caracterización que, a contrario, se hace de la actuación de esta jurisdicción como actuación no judicial evidencian también, sin embargo, la misma concepción del procedimiento ante los Juzgados de Menores como procedimiento del todo ajeno a la legislación procesal y en el que, por tanto, no se garantiza el respeto de los derechos fundamentales que enuncia el art. 24, derechos cuyo disfrute requiere normalmente la *interpositio legislationis*.

Esta palmaria discordancia entre el procedimiento configurado por el art. 15 L.T.T.M. y los derechos fundamentales que garantiza el art. 24 C.E. no basta, sin embargo, para sostener la inconstitucionalidad de aquél. Como es obvio, dicho procedimiento sólo será constitucionalmente ilegítimo si, debiendo acomodarse a los derechos fundamentales que a todos garantiza la Constitución en relación con el proceso, no lo hace, pero no si, en virtud de su naturaleza propia, puede ser regulado sin acomodarse al modelo que deriva del art. 24 C.E. Dicho entre otros términos: el procedimiento previsto en el art. 15 L.T.T.M. sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión del art. 24 C.E. si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta.

Este problema puede ser abordado, en principio, por dos vías distintas. Una, que ha sido utilizada por la mayoría de los jueces proponentes y empleada también por el Ministerio Fiscal, consistente en deducir la naturaleza del procedimiento a partir de la naturaleza de las infracciones que lo originan y de las medidas (auténticas penas, dicen algunos jueces) que a su término se imponen. Otra, también aludida en alguna de las cuestiones y en las alegaciones del Ministerio Fiscal, es la de razonar a partir de los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia.

El primero de estos métodos no permite alcanzar conclusiones absolutamente firmes. Es cierto que las acciones u omisiones que pueden dar origen a un procedimiento de reforma son las

que el Código Penal califique de delitos o faltas [art. 9.1 A) L.T.T.M.], pero también las infracciones «consignadas en las leyes provinciales y municipales» [art. 9.1 B) L.T.T.M.] e incluso conductas no tipificadas penalmente [art. 9.1 C) L.T.T.M.]. De otra parte las medidas que el Juez de Menores puede adoptar, enumeradas en el art. 17 L.T.T.M., no se adoptan en ejercicio del ius puniendi, ni tienen finalidad retributiva. En la mayor parte de los casos entrañan una restricción de la libertad personal del menor pero tampoco cabe equipararlas a las penas de privación de libertad.

Más expedito parece, en consecuencia, el método consistente en interpretar el art. 24 C.E. a la luz de lo dispuesto en los Tratados y Convenios a los que se refiere el art. 10.2 C.E. para precisar si los derechos que en el mismo se enuncian deben reconocerse también a los menores sujetos a un procedimiento corrector ante un Juzgado de Menores.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, C.D.N.) no excluye totalmente la posibilidad de un procedimiento no judicial puramente corrector, distinto, no sólo en matices y detalles, sino en su concepción general, del proceso penal. El recurso a un procedimiento de este género, en el que en todo caso «se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales» se hace depender, sin embargo, del establecimiento de una edad mínima, por debajo de la cual «se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales».

Nuestro sistema no se ha acomodado aún, sin embargo, a esta recomendación. Es cierto que el Código Penal (art. 8.2) exime de la responsabilidad criminal a los menores de dieciséis años y considera atenuante (art. 9.3) la edad comprendida entre los dieciséis y los dieciocho años, pero también es evidente que no considera incapaces de infringir las leyes penales a los menores de ninguna edad, pues tanto el art. 9.1A) L.T.T.M., como el citado art. 8.2 C.P. implican una voluntad del menor en la realización de las acciones tipificadas como delitos o faltas. Por eso, aunque en el futuro, mediante una reforma profunda del sistema, no sería imposible regular un procedimiento corrector distinto del proceso penal y aplicable sólo a los menores considerados incapaces de infracción penal (una incapacidad que en buen número de países se extiende precisamente hasta los dieciséis años, esto es, la edad a la que, entre nosotros, se es ya penalmente responsable), en la actualidad, operando la jurisdicción penal para la reforma de menores sobre personas a las que, aunque consideradas penalmente irresponsables, se les atribuye la realización de delitos o faltas, el procedimiento regulado por el art. 15 L.T.T.M. no es ese procedimiento distinto del proceso penal al que se refiere el art. 40.3 b) C.D.N., sino un procedimiento que se origina en una acción u omisión penal (o administrativa) tipificada, cuya autoría se atribuye a un menor, es decir, un procedimiento aplicable a los menores a efectos penales.

Tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, P.I.D.C.P.), como de la C.D.N. resulta inequívocamente que ese procedimiento no es otra cosa que una variante del proceso penal, cuyos principios básicos debe respetar. Así se desprende ya de lo dispuesto en el art. 14.4 P.I.D.C.P., cuyo tenor literal («En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales, se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social») al ordenar que la minoría de edad sea tenida en cuenta para la ordenación del proceso, impone también implícitamente la obligación de que en la ordenación de éste se aseguren los derechos que, con carácter general, para todos los procesos penales, enumera el apartado anterior (3) del mismo artículo.

De manera explícita y rotunda, esta obligación se establece también en el art. 40.2 b) C.D.N., según el cual, a «todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente:

i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley.

- ii) Será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o de sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa.
- iii) La causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.
- iv) No será obligado a prestar testimonio o declararse culpable, podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.
- v) Si se considerase que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano superior competente, independiente e imparcial...».

Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de «las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones» ha de ser declarado inconstitucional y nulo.

Esta declaración requiere, sin embargo, dos puntualizaciones importantes. La primera es la de que esta declaración de nulidad del precepto en cuanto que regulación del procedimiento corrector, no implica su erradicación total del ordenamiento en la medida en la que el objeto de las cuestiones es sólo el análisis de dicho precepto como procedimiento a seguir en el ejercicio de la función reformadora y no de la función protectora de la jurisdicción de menores, cuestión esta última de la que se ya ocupó este Tribunal en su STC 71/1990.

La segunda es la de que las especiales características del proceso reformador que nos ocupa, determinan, sin embargo, que no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos. Tal es el caso del principio de publicidad, en donde razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones, podría justificar su restricción. En tal sentido conviene recordar que este principio admite excepciones en los términos señalados en las leyes de procedimiento, y así se recoge en el propio art. 120.1 C.E, y en concordancia con el mismo, en el art. 233 L.O.P.J. Específicamente en el ámbito internacional, y por lo que respecta a los procesos seguidos contra menores, se prevé dicha posibilidad. Así, en la regla 8 de las llamadas «Reglas de Beijing», se señala que para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudique a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad, y que en principio no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de «un menor delincuente». Asimismo, tal restricción se reconoce en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa

oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2 b) C.D.N. y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea.

7. El art. 16 L.T.T.M., cuya constitucionalidad se cuestiona, dispone que «los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyan a los menores de dieciséis años serán apreciados por los Tribunales Tutelares, con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hayan ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se califican tales hechos como constitutivos de delitos o faltas en el Código Penal y en las mencionadas Leyes especiales».

Los órganos judiciales que plantean las cuestiones fundamentan su duda, como ya queda dicho, en la difícil compatibilidad de dicho precepto con los arts. 9.3 y 25.1 C.E. La muy genérica descripción de las conductas que pueden dar lugar a la adopción de medidas correctoras hace imposible establecer un sistema de relaciones claro entre éstas y aquéllas y viola así tanto el principio de seguridad jurídica como el de legalidad, especialmente en cuanto éste implica también el de tipicidad.

Este fundamento no puede desecharse, como propone el Ministerio Fiscal, excluyendo la aplicabilidad del principio de tipicidad. Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio de ius puniendi en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar (las dadas en el art. 17 L.T.T.M.) comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución en su contra de las garantías de las que gozaría si no lo fuese.

Por ello, ni la calificación de las medidas como medidas de corrección y no penas, ni el mayor peso que respecto de ellas cabe atribuir a la finalidad de readaptación social, tampoco ausente de la pena en sentido estricto (art. 25.2 C.E.) permiten entender que el legislador resulte liberado en este caso del obligado respeto al principio de tipicidad, aunque, sin duda, quepa admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor, en orden a obtener su efectiva reinserción social.

De acuerdo con todo ello, si el art. 16 L.T.T.M. no fuese susceptible de otra interpretación que aquella que ve en él una simple autorización al Juez para que éste, con absoluta discrecionalidad, califique las conductas y determine, en consecuencia, también con absoluta libertad, las medidas a adoptar, no habría otra alternativa que la de declarar su inconstitucionalidad y consiguiente nulidad.

Pero esta interpretación no es, sin embargo, la única posible. El tenor literal del precepto cuestionado, al señalar que el Juez apreciará los hechos calificados en el Código Penal como delitos o faltas, en relación con las condiciones sociales y morales del menor y que al tiempo

de determinar la responsabilidad del mismo prescindirá del concepto y alcance jurídico con que tales hechos son calificados penalmente, debe ser entendido sólo como una prohibición de que se utilice en la jurisdicción de menores el catálogo de circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad en todo su rigor y extensión, por tratarse de imputables penales. Pero dicha prohibición no implica que el Juez no vea su libertad de calificación de los hechos limitada por la tipificación contenida en los preceptos penales transgredidos, ni que su discrecionalidad para la adopción de medidas no deba tener en cuenta la correlación entre delitos y faltas y las penas para ellos previstas. Así, junto con la necesaria flexibilidad de que ha de disponer el Juez en la apreciación de los hechos y de su gravedad, también es preciso que se sujete a determinados principios que operan como límites a esa discrecionalidad, reconocidos en algunos casos en la propia L.T.T.M -las medidas impuestas no pueden exceder de la mayoría de edad civil-, y en otros implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales, como son la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase. Tanto la razonada flexibilidad del Juez como la existencia de límites en la imposición de las medidas correspondientes ha sido reconocida en el ámbito internacional. A mayor abundamiento, la regla 6.1 de las «Reglas de Beijing» dispone que, debido a «las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la Administración de Justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, Sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones». Por otra parte, la regla 17.1 señala que la resolución en esta materia se ajustará a los siguientes principios:

- «a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad.
- b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible.
- c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta

De conformidad con todo lo expuesto, ha de declararse que el art. 16 L.T.T.M. no es contrario a la Constitución, interpretado en los términos y con las garantías que acabamos de exponer, todo ello sin perjuicio de reiterar la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia

8. Finalmente, resta por examinar la constitucionalidad de los arts. 18 y 23 L.T.T.M. El primero señala, en lo que al proceso corrector se refiere, que las medidas de reforma prolongadas que, en su caso, pudiesen imponerse al menor no podrán prolongarse más allá de la mayoría de edad civil. El segundo dispone que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revisten carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor.

La duda sobre la constitucionalidad de estos preceptos se origina también en la difícil conciliación de la indeterminación en la duración de las medidas correctoras que de ellos resulta con el principio de legalidad penal en cuanto que éste implica también la predeterminación de las penas.

Esta supuesta contradicción con el art. 25 de nuestra Constitución no puede ser afirmada, sin embargo, en relación con un precepto (el del art. 18 L.T.T.M.), cuya defectuosa redacción se limita a establecer un límite absoluto a la duración máxima de las medidas correctoras, sin prejuzgar en lo demás cuál haya de ser la duración de estas medidas en cada caso concreto. Ese límite es, por lo demás, congruente con la naturaleza propia de tales medidas, así como con la finalidad reformadora que con ellas se persigue, pues alcanzada la mayoría de edad civil cesa la acción tutelar propia de esta jurisdicción, sin que, por tanto, pueda entenderse que dicho límite conculque el principio de legalidad en los términos ya apuntados.

Tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora contraría tal principio, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

- 1.º Declarar inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regula el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma.
- 2.º Declarar que no es inconstitucional el art. 16 de la citada norma, interpretado con el sentido y alcance previsto en el fundamento jurídico 7.º
- 3.º Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a catorce de febrero de mil novecientos noventa y uno.

2.- STC 60/1995, de 16 de marzo de 1995

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad, acumuladas, núms. 2.536/94 y 2.859/94, promovidas, respectivamente, por el Juzgado de Menores de Vitoria, contra el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que da una nueva redacción al art. 15.1 de la Ley de los Tribunales de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948 [que a partir de la Ley impugnada se denomina Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (L.O.R.C.P.J.M.)], y por el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia contra las reglas 13ª, 14ª, 15ª, 16ª y 17ª del mismo art. 15.1. Han sido partes el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra.

I. Antecedentes

1. Con fecha 14 de Julio de 1994 tuvo entrada en este Tribunal Constitucional un Auto, de fecha 5 de julio de 1994, del Juzgado de Menores de Vitoria, dictado en el expediente tramitado bajo el núm. 162/93, en el que aparece implicado el menor Neftali Martínez Gallardo, por el que se decide elevar cuestión de inconstitucionalidad a fin de que se resuelva si el art. 2.2 de la L.O. 4/1992, en la nueva redacción que da al art. 15.1 de la Ley de los Tribunales de Menores, aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948, denominada por la Ley impugnada Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (L.O.R.C.P.J.M.) es contrario a la Constitución, por cuanto el procedimiento regulado en este precepto vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías, en su aspecto del derecho a un Juez imparcial, consagrado en el art. 24.2 C.E., el cual se infringe, conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto cuando el Juez encargado de la decisión lleva o ha llevado a cabo una investigación directa de los hechos, esto es, ha intervenido en la instrucción (supuesto fáctico del caso De Cubber, Sentencia del T.E.D.H. de 26 de octubre de 1984), como si se ha producido una intervención indirecta en la instrucción que permita un conocimiento anticipado de los hechos, de suerte que el órgano judicial decisorio pueda formarse una opinión previa, un prejuicio sobre los mismos, situación contemplada por el caso Piersack (Sentencia del T.E.D.H. de 1 de octubre de 1982).

La decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, pues si la norma no es inconstitucional, el proponente deberá dictar "resolución", y si fuera inconstitucional, por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías, no se podría dictar tal "resolución" por el proponente y debería ser otro Juez el que resolviera este expediente.

Tras analizar la doctrina del propio Tribunal Constitucional sobre la necesidad de salvaguardar en el proceso de menores las garantías o derechos fundamentales previstos en el

art. 24.2 C.E., y la normativa internacional, sostiene el órgano judicial proponente que ambas se caracterizan por propugnar la aplicación en el procedimiento de menores de las mismas garantías del proceso penal común, según se deduce de los criterios interpretativos dados por las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), de 29 de noviembre de 1985, las Reglas para la protección de menores privados de libertad de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices para la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), de 14 de diciembre de 1990; normas que tienen también su entrada en el ordenamiento jurídico español a través del art. 10.2 C.E.

A la luz de la doctrina mencionada, es preciso estudiar la norma cuestionada. Examinando abstractamente el art. 15.1 de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, se comprueba que tal ha sido la intención del legislador, según se hace constar en la Exposición de Motivos de la L.O. 4/1992. Ahora bien, a pesar de este designio, el Fiscal puede solicitar del Juez de Menores la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor, y aquél acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor.

Antes de la solicitud al Juez de Menores para la adopción de una medida cautelar ha de existir un acto de imputación, al menos ideal por parte del Ministerio Fiscal, que observa que puede acusar a un menor de la comisión de un hecho de los comprendidos en el art. 9, núm. 1. Pues bien, el Juez de Menores sólo podrá adoptar una medida cautelar de protección y custodia cuando, previo examen de lo actuado, compruebe que efectivamente el menor para quien se pide la protección o custodia ha sido correctamente imputado, es decir, que ha cometido, prima facie, un acto delictivo. Nuestro ordenamiento jurídico ha querido que las medidas de protección y custodia (cautelares o no) de menores no delincuentes (con todas las reservas para esta denominación) sean tomadas por el organismo público correspondiente (en Alava, por ejemplo, la Diputación Foral) o eventualmente por el Juez de Primera Instancia o Familia, allí donde exista.

Una vez que resulte la imputación del menor de un hecho incluido en el núm. 1 del art. 9, el Fiscal requiere del equipo técnico un informe, y si este a la vista de dicho informe no considera que deben concluir las actuaciones, solicitará, del Juez de Menores la celebración de una comparecencia, en la cual ha de informar el Juez al menor de los hechos, de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos, y de su derecho a ser asistido por un Abogado, y, lo que es más determinante, el menor puede ser interrogado por el Juez de Menores. Esta comparecencia tiene el mismo fin, al menos, que la citación, que en calidad de imputado con posterior lectura de los derechos fundamentales y los previstos en el art. 520 L.E.Crim., se ha de llevar a cabo en el procedimiento abreviado.

Si el Juez de Menores ha de informar al menor de los hechos objeto de imputación, si aquél puede formular preguntas al menor, etc., se ha de aceptar que el Juez de Menores tiene que conocer antes de este acto los hechos y las actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal y que ese dato y el interrogatorio personal o de otras partes puede generar en el Juez prejuicios y prevenciones sobre la culpabilidad del menor, ya que ha estado en contacto con el material probatorio ya efectuado y con lo que se practique en el acto.

Sólo en caso de que no se haya adoptado una medida de protección o de internamiento (u otra diligencia que no pueda realizar el Fiscal), que, por tanto, el primer momento en que conozca los hechos y lo actuado el Juez de Menores sea la comparecencia y que, en fin, que el proceso termine conforme a las reglas 7ª y 8ª, 9ª y 11ª (es decir, pidiendo la amonestación y acordándose o no, o interesándose otra de las posibles peticiones previstas en la regla 8ª y tomándose cualquier decisión que no sea la apertura de la audiencia) únicamente en este supuesto la imparcialidad del Juez de Menores no estará comprometida.

Lo más destacable hasta el punto de ser decisivo reside en el hecho de que es el Juez de Menores, que luego ha de enjuiciar el comportamiento del menor, según hemos expuesto, en la audiencia (reglas 16ª y 17ª), el que, a la vista de la petición del Fiscal, formulada en el escrito de alegaciones (reglas 8ª y 10ª), ha de valorar si se ha de celebrar la audiencia, verdadero juicio oral, según se desprende de una simple lectura de las citadas reglas decimosexta y decimoséptima. El Auto que decreta la apertura de la audiencia, que no es sino una reproducción en el proceso de menores del Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado, no es un mero Auto de ordenación formal del proceso, tiene como fundamento una imputación de un hecho delictivo al menor, y contiene o ha de contener un juicio anticipado y provisional sobre los hechos que, posteriormente, el Juez de Menores está llevado a sentenciar, como indicó, respecto de este último proceso, la ya expuesta STC 170/1993.

En este proceso de menores, es el mismo "Juez de lo Penal" (o la Audiencia) el que dicta el Auto que permite el análisis del comportamiento del menor posteriormente en la audiencia o juicio oral. Es el Juez de Menores el que debe examinar si en los hechos concurren indicios racionales de haber sido cometidos por el menor y de estar encuadrados en las Leyes penales y el que luego en el juicio oral comprueba si esos indicios se han plasmado en verdadera prueba de cargo, que permita eventualmente una condena.

Además de dictar el Auto de apertura de la audiencia, ha adoptado una medida de protección o el internamiento en relación a un menor, y le ha oído o interrogado en la fase que podría llamarse instructora, en la comparecencia, por ello sin ningún género de dudas los prejuicios y prevenciones que el Juez de Menores tendrá le imposibilitan ser imparcial en el momento de la audiencia. Se podrá argumentar que el Juez de Menores se podría abstener o ser recusado, de acuerdo con lo dispuesto en la L.O.P.J. (arts. 219 y 220). Pero tal razonamiento es inadmisibles.

La relación de motivos de recusación (abstención) del art. 219 L.O.P.J. tiene el carácter de numerus clausus no estando previsto el supuesto que ahora nos ocupa. Sin embargo, en el caso, el Ministerio Fiscal solicitó, después de haber abierto ya dos expedientes contra el menor, que se acordara el internamiento cautelar. Se puede deducir que el proponente valoró indiciariamente la responsabilidad penal del menor y le consideró en esa ponderación inicial como posible autor de varias infracciones. El menor, después de ser informado de sus derechos, fue interrogado por el Ministerio Fiscal y reconoció, ante la presencia del Juez, que había participado en algún robo con fuerza en las cosas, en concreto, en robos en varios bares forzando la persiana. En el acto de la audiencia, las partes, esto es el Ministerio Fiscal y el menor asistido de su Abogada, llegaron a un acuerdo sobre la medida a imponer y el plazo durante el cual estaría sometido a la misma, después de reconocer, como ya lo había hecho anteriormente, su amplia participación en hechos recogidos en el Código Penal.

El proponente ha conocido desde el principio el material incriminatorio y ha estado en contacto permanente con las pruebas y, por las razones aducidas en anteriores razonamientos, considera que si dictara Sentencia estaría vulnerando el derecho al Juez imparcial consagrado en el art. 24.2 C.E.

No siendo posible la abstención, el Tribunal Constitucional ha de decidir si en este caso concreto se ha producido, debido a la aplicación de la Ley cuestionada, una contaminación del Juez proponente que le impide resolver este expediente, si quiere respetar el derecho a un Juez imparcial, el derecho a un proceso con todas las garantías, en los términos expuestos, o si por el contrario no es admisible esa motivación y, por ende, si el procedimiento, en este supuesto específico, no quebranta ese derecho fundamental, pudiendo, en consecuencia, resolver sin ningún obstáculo en este sentido.

2. La Sección Primera del Pleno del Tribunal, por providencia de 20 de septiembre de 1994, acordó admitir a trámite la cuestión planteada, dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia e Interior y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como publicar la incoación de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado.

3. El Abogado del Estado mediante escrito presentado en el Registro con fecha 29 de septiembre de 1994, evacuó el trámite concedido, personándose en nombre del Gobierno de la Nación, haciéndolo al propio tiempo, en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2.859/94 planteada por el Juzgado de Menores de Valencia, solicitando la acumulación de ambas al concurrir en ellas los requisitos exigidos en el art. 83 LOTC, con suspensión del plazo para formular alegaciones, ya que las dos cuestiones de inconstitucionalidad se promovían en relación con el mismo precepto legal, el art. 2.2 de la L.O. 4/1992, de 5 de junio, en la nueva redacción que da al art. 15 de la L.O.R.C.P.J.M.; y se fundaban en argumentos similares, al sostenerse por los Juzgados promotores que el art. 15 cuestionado "vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías, en su aspecto del derecho a un Juez imparcial".

4. En escrito presentado el 30 de septiembre de 1994, la Presidencia del Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Diputación Permanente había acordado no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones. En el mismo sentido se pronunció la Presidencia del Senado, por escrito presentado el 30 de septiembre de 1994.

5. Mediante escrito presentado el 21 de octubre de 1994, el Fiscal General del Estado se personó en el procedimiento, despachando, al propio tiempo, el trámite conferido para alegaciones, y en síntesis, manifestó que el derecho al Juez imparcial ha sido encuadrado por nuestro Tribunal constitucional entre los derechos fundamentales de la persona, aunque no siempre con la misma cobertura. Recordaba al efecto que hasta 1987, la jurisprudencia ha considerado que la imparcialidad judicial formaba parte del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley que se estatuye en el art. 24.2 C.E. A partir de 1987, y desde la STC 113/1987, el Tribunal Constitucional incluye el derecho al Juez imparcial en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.).

La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que reformó algunos artículos, y entre ellos el 15 que ahora se cuestiona, de la L.O.R.C.P.J.M., en su Exposición de Motivos hace dos afirmaciones: el sistema de garantías procesales se aplica en su conjunto al proceso de menores; y en concreto, en el proceso de menores rige el derecho al juez imparcial. Así se desprende también del art. 40.2 b), iii) de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 (BOE 31-12-90), pues establece que "todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales...se le garantice que la causa será dirimida por una autoridad judicial ... imparcial"; de las reglas de Beijing sobre la Administración de Justicia de Menores (1985); de las Directrices de Riad sobre delincuencia juvenil (1990) y de las SSTC 71/1990, 36/1991 (fundamento jurídico 6º) y 233/1993, entre otras. Y un pronunciamiento semejante se contiene en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y en el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (D.U.D.H.) o en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.).

Las doctrina del T.E.D.H. se puede concretar, por lo que ahora nos interesa, en los siguientes puntos:

a) No debe hacerse una interpretación restrictiva de la garantía de imparcialidad judicial.

b) Se distinguen dos clases de imparcialidad: la subjetiva (ausencia de prejuicios o parcialidades de un Juez concreto con un caso concreto) (casos De Cubber y Piersack), la cual se presume siempre salvo prueba en contrario (informe de la C.E.D.H., caso Hauschildt), y la objetiva o funcional, que hace relación a las garantías que el órgano judicial ofrece para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad por consideraciones de carácter funcional u orgánico. Esta última se puede considerar comprometida cuando el Juez encargado de la decisión realiza o ha realizado una investigación directa de los hechos y ha intervenido directamente en la instrucción, esto es, cuando se confunden en una misma persona las funciones de instructor y juzgador, cuando el Juez que ha de decidir ha tenido una intervención indirecta en la instrucción, la ha supervisado o intervenido como Fiscal en ella (caso Piersack).

El concepto de un Tribunal imparcial no se debe interpretar en abstracto. No toda intervención del Juez antes de la vista o juicio oral tiene carácter de instrucción. "Es necesario llevar a cabo una interpretación más material que formal, y analizarse pues las circunstancias concretas de cada caso para poder asegurar si un determinado asunto ha sido juzgado por un Tribunal imparcial".

Nuestro Tribunal Constitucional sigue en términos generales la doctrina del T.E.D.H. y de la C.E.D.H. tanto respecto a la distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva como en el análisis particularizado de ésta última.

Atendiendo a esta doctrina y al hilo conductor que la entrelaza es posible afirmar que han de tener la consideración de actos instructorios aquéllos que, no siendo de mera ordenación formal del proceso, ponen al Juez en contacto directo con el material probatorio para efectuar de alguna manera una valoración del mismo que predisponga o pueda predisponer su ánimo con respecto al imputado, lo que en ocasiones puede ocurrir también cuando esa toma de postura viene determinada por una relación indirecta del Juez con la prueba.

Al examinar el art. 15.1 de la L.O.R.C.P.J.M., en la nueva redacción operada por el art. 2.2 de la L.O. 4/1992, lo primero que llama la atención es que es el mismo juez que interviene en las decisiones mas importantes de la instrucción y de la que pudiéramos llamar fase intermedia, el que después ha de adoptar las resoluciones definitivas.

Así, según la regla 1ª, penúltimo inciso, el Juez, para tomar cualquiera de las decisiones enunciadas en la norma y, en concreto, para acordar un internamiento provisional, ha de efectuar una valoración de las actuaciones. La regla 5ª dice que el Juez acordará las medidas cautelares que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor; y añade "El Juez, a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor, podrá acordar el internamiento de éste en un Centro cerrado" (la STC 320/1993 considera actividad instructora la adopción de medidas cautelares).

En la regla 6ª el Juez nuevamente se ve obligado a valorar el material probatorio, dados los términos empleados por el legislador ("podrá") lo que implica valoración previa y, sobre todo, si el Juez hace uso de su derecho a interrogar (búsqueda de la verdad), puede decirse que está en contacto directo con la instrucción. En este sentido, la STC 170/1993 considera los actos de imputación penal como verdaderos actos instructores y no de mera ordenación formal del proceso.

La regla 7ª otorga de nuevo al Juez la opción, a la vista de la comparecencia, de decidirse por la terminación del expediente acordando la amonestación al menor; o por la celebración de la audiencia, el sobreseimiento o cualquiera de las resoluciones a que se refiere la regla 11ª. La

decisión del Juez para acordar o no la celebración de la audiencia (verdadera apertura del juicio oral) exige de éste una valoración del material probatorio, puesto que por mucha correlación que se quiera ver entre la petición del Fiscal de apertura de audiencia (regla 10ª) y la decisión del Juez de ordenar su celebración (regla 11ª), esta decisión no es automática.

Consiguientemente, la decisión del Juez respecto a la apertura de la audiencia no es tampoco un mero acto de ordenación del proceso sino una decisión valorativa basada en el examen del material probatorio (recordemos la citada STC 170/1993).

En el acto de la audiencia, la regla 16ª del precepto cuestionado establece que el Juez preguntará al menor si se manifiesta autor de los hechos que le imputa el Fiscal y, en tal caso, si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Y añade: "si diese su conformidad, con asistencia de su Abogado, el Juez, oído, si lo considera pertinente, un miembro del equipo técnico, dictará Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal". En caso de no conformarse el menor, concluye la regla 17ª que se practicará la prueba y después el Juez oír al Fiscal, al Abogado, al miembro del equipo técnico si lo considera conveniente, así como al menor. Por tanto, se trata de una resolución que el Juez deberá dictar después de la audiencia y a consecuencia de ella, resolución que equivale a la Sentencia penal. En el asunto concreto que examinamos, el menor no se ha conformado y, por tanto, el problema consiste en determinar si la ley, en este caso, permite al Juez que ha de dictar "resolución" mantenerse en situación de imparcialidad objetiva o por el contrario le conduce necesariamente hacia un contacto con la prueba que le impide después, al resolver, tener esa apariencia de imparcialidad que exige el art. 24.2 C.E.

El mismo Juez que ha decretado el internamiento provisional, que ha decidido señalar la comparecencia, que ha valorado en varias ocasiones las pruebas practicadas, como indicamos antes, y que ha resuelto abrir la audiencia no se encuentra en condiciones objetivas de imparcialidad para dictar "resolución". En este sentido, la determinación de que sea el mismo Juez que ha intervenido en la instrucción el que deba resolver el caso es contraria al derecho que consagra el art. 24.2 C.E.

Considera, pues, el Ministerio Público, que es inconstitucional el que el mismo Juez de Menores que interviene en el proceso, sea después el que haya de adoptar la "resolución" final a que se refiere el art. 16 de la L.O.R.C.P.J.M. (reformado por L.O. 4/1992), por lo que, para ser consecuentes con el juicio de relevancia que en este asunto ha determinado al Juez a plantear la cuestión, interesa que se declare inconstitucional no todo el art. 15.1, sino únicamente las reglas 13ª, 14ª y 15ª y 17ª del mismo, así como el art. 16.1,2 y 3, al estar vinculada la resolución del expediente a la presencia del mismo Juez en la audiencia.

Ahora bien, del art. 39.1 de la LOTC se deduce que le es posible al Tribunal Constitucional ir todavía más lejos en la Sentencia que dicte, al tener evidente conexión las reglas cuya inconstitucionalidad se cuestiona, de una parte, con el art. 16 de la L.O.R.C.P.J.M. que, por esa razón será igualmente inconstitucional, y, de otra, con la regla 7ª.1 del art. 15.1, en la que se autoriza al Juez para que, tras la comparecencia, pueda adoptar una medida de amonestación dando por concluido el expediente, y con la regla 16ª del mismo art. 15.1 en la que se preve la conformidad del menor y el correspondiente Acuerdo en ese sentido.

Por otrosí, el Ministerio Fiscal, solicitó la acumulación de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2.859/94 a la 2.536/94, dada la conexión que existe entre los objetos de ambas, así como la relevancia que su enjuiciamiento unitario tiene en la futura decisión.

6. Con fecha 4 de agosto de 1994 fue registrado en este Tribunal Auto, de fecha 4 de julio de 1994 del Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia, dimanante del expediente núm. 381/93, relativo al menor Jaime López de la Osada, planteando ante este Tribunal cuestión de

inconstitucionalidad de las reglas 13ª, 14ª, 15ª, 16 y 17ª del art. 15 de la vigente Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, según la redacción de la L.O. 4/1992, de 5 de junio, en tanto son contrarias al art. 24 C.E. al vulnerar el derecho que este último otorga al menor expedientado a obtener la tutela judicial efectiva de un Juez objetivamente imparcial.

En la opinión del órgano judicial proponente, el legislador promulgó la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, estatuyendo un proceso que, no obstante sus especialidades por razón de los sujetos del mismo, como razona su exposición de motivos, trata de hacer extensible al menor todas las garantías jurídicas derivadas y proclamadas en nuestro ordenamiento constitucional.

Sin embargo, el legislador no ha sabido salvaguardar, de forma adecuada, el principio que impone y proclama la imparcialidad del juzgador, toda vez que la misma no se preserva por el simple y mero hecho de conferir u otorgar al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, por cuanto que a dicho Ministerio no se le atribuyen facultades decisorias y, por el contrario, estas continúa teniéndolas el Juez de Menores que, al decidir, no está vinculado por la propuesta o petición del Ministerio Fiscal. Como base de su tesis cita, también, la jurisprudencia del T.E.D.H. a que antes se ha hecho referencia, y la propia jurisprudencia española, tanto la emanada del Tribunal Constitucional, como la pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que consideran como circunstancia relevante que quiebra el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por un Tribunal imparcial, la acumulación en una misma persona de las funciones de instrucción y decisión, con lo que se ha llevado a sus últimas consecuencias el principio de que "el que instruye, no falla".

La nueva Ley no logra preservar dicha imparcialidad toda vez que sus preceptos atribuyen al Juez de Menores la realización de diligencias de instrucción y la adopción de las decisiones fundamentales de la fase instructora. Dicha Ley otorga al Juez de Menores la competencia para practicar aquellas diligencias probatorias que no puede practicar por sí mismo el Ministerio Fiscal (incluso para la práctica de los reconocimientos en rueda; etc.) y desde luego, para, a solicitud del Ministerio Fiscal, acordar el internamiento provisional o cautelar del menor, previa su audiencia, medida que debe durar el tiempo imprescindible y que debe ser modificada o ratificada por el Juez transcurrido el plazo máximo previsto. Todo lo cual debe decidirlo, además, a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y en atención a las circunstancias personales y sociales de dicho menor.

Por tanto, encomendar y atribuir al propio Juez de Menores que adopta las decisiones de la fase instructora, también la competencia para la celebración de la audiencia (equivalente al juicio oral), vulnera y conculca el derecho constitucional del menor a obtener la tutela judicial efectiva de un Juez objetivamente imparcial, tal y como se concibe la imparcialidad objetiva por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según antes se ha puesto de manifiesto.

Es obvio, pues, que en el presente caso concurren todos los requisitos y condiciones que son precisos para la procedencia del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y debe por consiguiente declararse la inconstitucionalidad de dichas reglas 13ª a 17ª del art. 15, en cuanto atribuyen la competencia para celebrar la audiencia y decidir al mismo Juez al que vienen atribuidas las competencias de dictar las decisiones propias de la fase instructora, según se previene y establece en las reglas 4ª a 12ª del propio art. 15.

7. La Sección Segunda del Pleno del Tribunal, por resolución de fecha 27 de septiembre de 1994, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia, dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes; al Gobierno, por conducto del

Ministerio de Justicia e Interior y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes, así como publicar la incoación de la cuestión en el Boletín Oficial del Estado.

8. En escrito presentado el 6 de octubre de 1994, la Presidencia del Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Diputación Permanente había acordado no personarse en el procedimiento ni formular alegaciones, no obstante lo cual se ponían a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudiese precisar. Idéntico comunicado realizó la Presidencia del Senado, por escrito presentado el 6 de octubre de 1994.

9. El Fiscal General del Estado, mediante escrito registrado con fecha 21 de octubre de 1994, se personó en el procedimiento, despachando el trámite de alegaciones conferido en el cual y tras hacer una sucinta relación de los hechos, reiteró y ratificó los argumentos y fundamentos de Derecho relacionados en su escrito de alegaciones formuladas en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2.536/94, así como la petición de acumulación de las mismas.

10. El Pleno del Tribunal por Auto, de fecha 15 de noviembre de 1994, acordó acumular la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2.859/94, planteada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia a la registrada con el núm. 2.536/94, planteada por el Juzgado de Menores de Vitoria, concediéndose un plazo de quince días al Abogado del Estado para que pudiera presentar las alegaciones que estimase oportunas en relación con las cuestiones acumuladas.

11. El Abogado del Estado, mediante escrito presentado con fecha 2 de diciembre de 1994, evacuó el trámite de alegaciones conferido y en síntesis, manifestó que las dos cuestiones de inconstitucionalidad plantean, con apoyo en argumentos muy similares, la posible inconstitucionalidad de determinadas reglas del art. 15 de la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Así, aunque el Auto de planteamiento del Juzgado de Menores de Vitoria no concreta las específicas reglas a las que imputa la supuesta vulneración del derecho a un Juez imparcial, sin embargo, su razonamiento discurre paralelo al contenido en el Auto del Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia, en el que la cuestión de inconstitucionalidad se ciñe a las reglas 13ª, 14ª, 15ª, 16ª y 17ª del art. 15 L.O.R.C.P.J.M.

En rigor, es sólo un aspecto concreto de estas reglas el cuestionado. El problema suscitado consiste en desentrañar si es o no compatible con la garantía de un Juez imparcial, que debe presidir el procedimiento correctivo y reformador de menores, que el mismo Juez llamado a dictar la resolución o Acuerdo que ponga término al procedimiento sea el encargado de adoptar las medidas provisionales previstas en la regla 5ª, asistir a la comparecencia prevista en la regla 6ª y acordar, en su caso, la celebración de la audiencia.

Este es el concreto punto discutido, que no permite proyectar la duda de constitucionalidad que alienta en los Autos de planteamiento sobre la totalidad de las reglas del artículo, sino sólo y exclusivamente sobre un concreto aspecto de las mismas: la circunstancia de que el Juez de Menores ante el que, en su caso, se celebre la audiencia y deba dictar la resolución o Acuerdo que ponga término al proceso sea el mismo que haya adoptado medidas cautelares y celebrado la comparecencia prevista en la L.O.R.C.P.J.M.

Es preciso depurar con mayor profundidad los términos en que se plantea la cuestión por el Juzgado de Menores de Vitoria para apreciar si concurre o no el requisito de la relevancia, que permita al Tribunal acometer el enjuiciamiento que se solicita.

El juicio de relevancia o esquema argumental del que resulte que el fallo del proceso a quo depende de la validez o la falta de validez del precepto cuestionado debe encontrarse suficientemente exteriorizado y ser consistente. De manera que cuando sin necesidad de un análisis de fondo resulte inaceptable la argumentación de relevancia expresada en el Auto procederá declarar la inadmisibilidad de la cuestión o, en esta fase, su desestimación sin llegar a pronunciarse sobre el fondo (STC 106/1986, fundamentos jurídicos 1º y 3º).

En el proceso a quo conocido por el Juzgado de Menores de Vitoria consta que el menor reconoció los hechos del escrito de alegaciones y se conformó con la petición realizada por el Ministerio Fiscal. Concurriendo esta circunstancia, como el Juez a quo reconoce, el Juez de menores sólo puede, por expreso imperativo legal, dictar "Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal" (regla 16ª).

En estos casos, no incumbe al Juez de menores realizar ninguna apreciación del material probatorio obrante en autos ni adoptar ninguna decisión que pudiera verse influida por sus intervenciones anteriores en el procedimiento. Cuando el menor se manifiesta autor de los hechos y se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, el Juez se limitará a dictar Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal.

Queda así demostrado que falta en la cuestión promovida por el Juzgado de Menores de Vitoria el requisito de la relevancia. En esta fase, la apreciación de esta circunstancia debe conducir a la desestimación, por ese solo motivo previo, de la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

En general, los Jueces cuestionantes rechazan que pueda asignarse al mismo Juez de Menores la "adopción del Acuerdo o resolución que pone fin a la audiencia" y las siguientes actuaciones.

La formulación contenida en los Autos parte de un presupuesto que no cabe discutir: como este Tribunal ha declarado reiteradamente, "los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales: (STCC 36/1991, fundamento jurídico 6º; y STC 211/1993, fundamento jurídico 4), con inclusión del derecho a un Juez imparcial, que "excluye la posibilidad en que el Juez mismo asuma la acusación" (STC 36/1991, fundamento jurídico 6º).

Lo anterior no obstante, en el procedimiento previsto en la L.O.R.C.P.J.M. se cumplen las citadas exigencias constitucionales, pues es preciso puntualizar que el alcance de la llamada "imparcialidad objetiva", sobre la que hasta ahora se ha debatido, implica, en opinión de la representación del Estado, que se evite que, con anterioridad a la decisión que ponga término al proceso, se haya formado el Juez una previa opinión sobre el asunto (STC 138/1994). Lo que la Constitución prohíbe es, pues, que la función sentenciadora y la actividad instructora de contenido inquisitivo correspondan al mismo Juez o Tribunal, pero no impide la previa intervención del Juez en actividades de simple ordenación del proceso, orientación del debate, información a las partes, etc. (STC 56/1994).

Pues bien, la L.O.R.C.P.J.M. deslinda las meras funciones instructoras, con cargo al Ministerio Fiscal, de la fase de conocimiento, que corresponde al Juez. Las actuaciones que en los autos de planteamiento se consideran incompatibles con la garantía de imparcialidad no tienen ninguna virtualidad instructora o de investigación, sino que tratan de ordenar el proceso con miras a la protección del menor. Así ser desprende del examen particularizado de cada una de las reglas cuestionadas.

a) La regla 5ª, en cuanto atribuye al Juez la facultad de adoptar medidas cautelares para la protección y custodia del menor participa de una orientación protectora de éste, y el mismo rasgo es posible hallarlo en la medida de internamiento, como se desprende de la doctrina sentada en la STC 233/1993. La adopción de estas medidas, por tanto, no exige ninguna

actuación inquisitiva o de investigación que pueda "contaminar" al Juez de menores llamado a adoptar, bien el Acuerdo de ratificación de la petición del Ministerio Fiscal (regla 16ª), o el Acuerdo que ponga término al procedimiento.

b) Esta misma función tuitiva guía la comparecencia prevista en la regla 6ª del art. 15.

Por todo lo anterior expresa su parecer contrario a que se estimen las cuestiones de inconstitucionalidad propuestas por los Juzgados de Menores de Vitoria y Valencia.

12. Por providencia de 15 de marzo de 1995 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el siguiente día 17 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Aun cuando formalmente la cuestión de inconstitucionalidad que nos plantea el Juzgado núm. 2 de Menores de Valencia se dirija contra las reglas 13 a 17 del art. 15.1 de la L.O.R.C.P.J.M. en la nueva redacción operada por el art. 2.2 de la L.O. 4/1992, y el Juzgado de Menores de Vitoria efectúe otro tanto con respecto a la totalidad del art. 15.1 de la citada Ley, en realidad el objeto material de las presentes dudas de inconstitucionalidad se contrae al de las reglas 2ª, 5ª y 6ª del art. 15.1, que contemplan la posibilidad de que el Juez de Menores pueda disponer resoluciones limitativas de los derechos fundamentales del menor contra quien se dirige el procedimiento o practicar la comparecencia previa a la audiencia y ese mismo Juez pueda, además, conocer de la fase de enjuiciamiento y de decisión, facultades todas ellas que, en opinión de los Jueces proponentes, podrían conculcar los derechos fundamentales al Juez legal imparcial y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución.

2. Pero, antes de entrar en el examen del fondo de las presentes cuestiones, hay que dar respuesta a la objeción formulada por la Abogacía del Estado en relación con la posible falta de relevancia de la cuestión propuesta por el Juzgado de Menores de Vitoria.

Sostiene, al efecto, el Abogado del Estado que no es posible afirmar, en el caso concreto, que, de la constitucionalidad del precepto cuestionado dependa la validez de la resolución que pueda dictar el Juez, puesto que el menor afectado, en el curso de la audiencia prevista en el art. 15.1.16 L.O.R.C.P.J.M., había reconocido su participación en los hechos sobre los que versaba el procedimiento, y mostrado su conformidad con la medida que podía serle impuesta. En estas circunstancias, concluye la defensa del Estado, "el Juez de menores sólo puede, por expreso imperativo legal, dictar «Acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal», sin que tenga que realizar ninguna apreciación del material probatorio ni adoptar decisión que pudiera verse influida por sus intervenciones anteriores en el procedimiento.

La referida objeción procesal no puede ser acogida. Al constituir las "Sentencias de conformidad" resoluciones de fondo que producen la totalidad de los efectos materiales de la cosa juzgada, es claro que han de dictarse por un órgano jurisdiccional dotado de absoluta independencia e imparcialidad (y de aquí que el art. 789.5.5 de la L.E.Crim. haya desligado del Juez de Instrucción y otorgado al de lo Penal la competencia para conocer de la conformidad). Hace bien, por tanto, el referido Juez de Menores en plantearnos la cuestión de inconstitucionalidad, si entiende que, como consecuencia de haber efectuado funciones instructoras, ha perdido la imparcialidad necesaria para entender de la conformidad, en la que, por lo demás, como afirma el Juez proponente, no puede operar como un "autómata", sino, antes al contrario, ha de examinar la concurrencia de los requisitos, formales y materiales, que condicionan la validez de este medio anormal de finalización del procedimiento penal.

Como este Tribunal ha tenido reiteradas ocasiones de sostener, la potestad que le asiste de rechazar la cuestión de inconstitucionalidad cuando ésta sea "notoriamente infundada", no le

autoriza a sustituir al órgano judicial "para determinar en qué medida depende el fallo de la validez de la norma cuestionada, de forma que -a los efectos de inadmisión que ahora se examinan-, no cabe censurar ni el juicio sobre la aplicabilidad de las normas que hace el Juez a quo, ni la interpretación que de ellas se efectúa, en cuanto no sean manifiestamente irrazonables" (SSTC 4/1988, 19/1988, 36/1991, entre otras). Puesto que no existen indicios de que sea manifiestamente irrazonable la interpretación realizada por el Juez a quo de la norma cuestionada, y puesto que ésta es la que autorizaría su actuación en el proceso del que dimana la presente cuestión, es claro que no procede admitir el motivo de inadmisión planteado por el Abogado del Estado, debiendo, en consecuencia, entrarse a conocer del fondo del asunto.

3. Es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a "un proceso con todas las garantías" (SSTC 37/1982, 44/1985 y 137/1994), pues la primera de ellas, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad.

Por esta razón, hemos declarado que las causas de abstención y de recusación, en la actualidad contenidas en los arts. 219 L.O.P.J., 188 a 233 L.E.C. y 58 a 83 L.E.Crim., al estar dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24.2 C.E.

Una de las tales causas de abstención y de recusación consiste precisamente en "haber actuado como instructor de la causa penal" (art. 219.10 L.O.P.J.), la cual se erige además en la principal exigencia del principio acusatorio, con respecto al cual también hemos afirmado que se encuentra implícito en el referido derecho fundamental a un "proceso con todas las garantías" (SSTC 145/1988, 164/1988, 106/1989, 55/1990, 98/1990 y 151/1991).

En relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa, tiene declarado este Tribunal que, debido a que su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar Sentencia de determinados prejuicios acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 145/1988 y 168/1988, 11/1989 y 106/1989, 55/1990 y 113/1992), bien sea en la primera o en la segunda instancia (STC 320/1993), dicho derecho lo es de la exclusiva titularidad de la defensa, por lo que carece de legitimación activa la acusación particular para pedir su eventual restablecimiento (STC 136/1992). Asimismo, y desde un punto de vista objetivo, también hemos dicho que, al enmarcarse dentro de las garantías esenciales del proceso penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador (STC 22/1990).

En cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990), debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan solo aquellos que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase de juicio oral (SSTC 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993).

En estas últimas decisiones se ha resumido la jurisprudencia de este Tribunal en los siguientes términos : "Dicha doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio

puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora (por todas, STC 145/1988, antes citada); de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar". (STC 136/1992, fundamento jurídico 2º).

4. Más explícita todavía, si cabe, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos nacida con ocasión de la aplicación del derecho a ser juzgado por un "Tribunal independiente e imparcial", contenido en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y que, por imperativo de lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución, ha de presidir la interpretación de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

De conformidad con dicha doctrina, la imparcialidad del Juez excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego nada menos que la auctoritas o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (Sentencias del T.E.D.H. de 1 de octubre de 1982 -caso Piersack- y de 26 de octubre de 1984 -asunto De Cubber-). Debido, pues, a la circunstancia de que en el ámbito de la imparcialidad objetiva "incluso las apariencias pueden revestir importancia" (Sentencia del T.E.D.H. de 26 de octubre de 1984 -caso De Cubber-), ha de reclamarse el adagio anglosajón según el cual "no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace" (Sentencia del T.E.D.H. de 17 de enero de 1970 -asunto Delcourt-), lo que ha de determinar que "todo Juez del que puede dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado" (Sentencias del T.E.D.H. de 26 de octubre de 1984 -asunto De Cubber- y 24 de mayo de 1989 -Asunto Hauschildt-).

La aplicación de esta jurisprudencia al caso que nos ocupa provocó una primera doctrina del Tribunal Europeo, según la cual había que estimar siempre contrario al art. 6.1 del C.E.D.H. la previa asunción por el Juez decisor de cualquier tipo de actividad instructora (Sentencias del T.E.D.H., casos Piersack y De Cubber).

Posteriormente, sin embargo, a partir de la Sentencia dictada en el asunto Hauschildt (Sentencia del T.E.D.H. de 24 de mayo de 1989), este alto Tribunal matizó su anterior doctrina en el sentido de declarar que la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo u obstáculo a "la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables".

De este modo, y con arreglo a esta casuística jurisprudencia, el Tribunal Europeo ha podido declarar, por una parte, contrario al art. 6.1 del Convenio la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento como consecuencia de la promoción de un miembro del Ministerio Público o de un Juez de Instrucción a Magistrado del Tribunal encargado de conocer de la fase de juicio oral (Asuntos Piersack y De Cubber), la adopción de la prisión provisional en ausencia de Abogado por un Juez de instrucción que posteriormente conoció de la audiencia principal (Sentencias del T.E.D.H., Pfeifer y Plankl, de 25 de febrero de 1992), la asunción de indicios suficientes de culpabilidad para disponer el "reenvío" del imputado a juicio (Sentencia del T.E.D.H. Ben Yaacoub, de 27 de noviembre de 1987) o la intervención

de "Jueces políticos" en la fase de juicio oral (Sentencia del T.E.D.H., Holm, de 25 de noviembre de 1993).

Pero, por otra y todo al contrario, este mismo Tribunal también ha tenido también ocasión de afirmar que no se infringe el art. 6.1 del Convenio en supuestos tales como la adopción de la prisión provisional y posterior enjuiciamiento por un mismo Juez en un sistema de corte anglosajón, como es el danés, en el que corresponde al Ministerio Público la dirección de la investigación (Sentencia del T.E.D.H. de 24 de mayo de 1989 - asunto Hauschildt-) o la confirmación de dicha medida cautelar en la fase intermedia por un Magistrado de la Chambre d accusation francesa (Sentencia del T.E.D.H., Sainte-Marie, de 16 de diciembre de 1992); la emisión por un mismo órgano judicial de un auto de procesamiento (o antiguo despacho de pronuncia portugués) y posterior enjuiciamiento (Sentencia del T.E.D.H., Saraiva de Carvalho, de 22 de abril de 1994); la asunción de determinadas funciones instructoras y de decisión por un Juez de Distrito austríaco en nuestro equivalente a un juicio de faltas (Sentencia del T.E.D.H., Fey, de 24 de febrero de 1993); y la confusión de funciones instructoras y de enjuiciamiento en determinados procesos penales simplificados de citación directa como es el caso del procedimiento directísimo italiano (Sentencia del T.E.D.H., Padovani y otros, de 26 de febrero de 1993).

De toda esta doctrina reduccionista interesa que nos detengamos, dada la relevancia para la solución de las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, en el asunto Nortier (Sentencia del T.E.D.H. de 24 de agosto de 1993) en el que el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de desestimar una demanda contra los Países Bajos sustanciada en el hecho de que en dicho país (al igual como acontecía en el nuestro con anterioridad a la reforma operada por la L.O. 4/1992) un mismo Juez de menores conocía, tanto de la totalidad de la fase instructora, como de la del juicio oral, habiendo adoptado incluso, en el caso, la prisión provisional. El Tribunal Europeo, sin embargo, no estimó la violación del art. 6.1, fundamentalmente debido a la circunstancia de que pudo diferenciarse el presupuesto material de dicha medida cautelar con el fondo del asunto, habiéndose además defendido el menor por un Abogado que pudo interponer recurso de apelación ante un Tribunal superior.

5. Antes de entrar en el examen, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, del fondo de las cuestiones de inconstitucionalidad, hay que destacar la singular importancia, en el caso, de la naturaleza del procedimiento de menores, que, como cuestión previa, ha de indagarse a los solos efectos de determinar si puede de algún modo asimilarse a la del proceso penal, ya que, si así no fuera, habría de desecharse la extensión de esta exigencia del principio acusatorio al tradicionalmente denominado procedimiento "reformador" de menores.

La cuestión fue resuelta en sentido positivo por nuestra STC 36/1991, no sin declarar que "no todos los principios y garantías exigidos en los procesos contra adultos hayan de asegurarse aquí en los mismos términos". Y es que, tanto por la naturaleza de las medidas, que no pueden poseer un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y estar orientadas hacia su efectiva reinserción, como por la especial protección del menor en el seno del proceso, que puede aconsejar la exclusión de garantías esenciales del proceso penal, como es el caso de la "publicidad" del juicio oral, no todas las garantías del proceso penal son mecánicamente aplicables a este proceso especial que exige ciertas modulaciones. Pero, no obstante tales acotaciones, afirmábamos en aquella decisión que "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta afectado en la medida en que de él forma parte el derecho a un Juez imparcial y tal derecho excluye la posibilidad de que el juez mismo asuma la acusación" y concluíamos en que "los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E.

han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales" (fundamento jurídico 7º).

A este respecto debe tenerse presente que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento interno el 30 de noviembre de 1990, en su art. 40.2 b) establece que "todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantizará al menos, lo siguiente: iii) (que) la causa será dirimida por una autoridad u órgano judicial... imparcial".

Reafirmada, pues, la exigibilidad de esta garantía del principio acusatorio en el proceso reformador de menores, hemos de comprobar ahora si en dicho proceso se produce una auténtica acumulación, en un mismo órgano jurisdiccional, de funciones instructoras con las de enjuiciamiento en el bien entendido de que, según nuestra doctrina, la asunción por el Juez de determinadas actuaciones de preparación del juicio oral no ha de comprometer necesariamente su imparcialidad en la medida en que la realización de tales actos no suponga la asunción por el Juez de un determinado prejuicio sobre la culpabilidad del menor.

Un examen global de la reforma operada por la L.O. 4/1992 pone, en tal sentido, de relieve que su finalidad, tal como se declara en su Exposición de Motivos, radica precisamente en adecuar este proceso a las exigencias derivadas de la doctrina sustentada con la citada STC 36/1991 y, de entre ellas, la de instaurar también en el mismo el principio acusatorio.

Para alcanzar este objetivo, la L.O. 4/1992, inspirándose en el modelo procesal penal anglosajón (secundado hoy por países tales como Alemania, Italia o Portugal), ha querido separar las funciones instructoras, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión, de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de Menores, con lo que, prima facie y sin mayor dificultad, se comprueba que este desdoblamiento y asignación de las enunciadas fases procesales a dos órganos diferentes, no solo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio en un procedimiento reformador que, como es el caso del de menores, con anterioridad a la L.O. 4/1992, se encontraba manifiestamente informado por el principio inquisitivo, tal como implícitamente tuvimos ocasión de declarar en la precitada Sentencia del Pleno de este Tribunal 36/1991 (fundamento jurídico 6º).

6. Dicho lo anterior, procede ahora entrar a conocer del examen concreto de la doble motivación de ambas cuestiones, tal como se ha expuesto en el primer fundamento jurídico de la presente Sentencia.

A) Entienden, al respecto, los Jueces proponentes que la circunstancia de que en este procedimiento reformador el Juez de Menores no quede totalmente exonerado de la realización de determinados actos instructorios, y de que posteriormente pueda conocer de la "audiencia" principal y dictar la correspondiente "resolución" definitiva, puede comprometer seriamente su imparcialidad e infringir los derechos fundamentales al Juez legal y a un proceso con todas las garantías.

Es cierto que esta posibilidad del Juez de Menores, consistente en acometer determinadas actuaciones preparatorias del juicio o de carácter aseguratorio, aparece expresamente contemplada en diversos pasajes de la Ley cuestionada, y, así, por una parte, el Fiscal ha de "solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo" (art. 15.1.2ª) y, por otra, a este mismo Juez le corresponde "la adopción de medidas cautelares" y, de modo especial, el depósito o internamiento provisional del menor (art. 15.1.5ª). Pero tampoco lo es menos que esta impresión de los Jueces proponentes acerca de su pérdida de imparcialidad "subjetiva", se desvanece o no es suficiente para justificar un

atentado a la imparcialidad "objetiva", si se piensa en que tales actos, legalmente vedados al Ministerio Público, no constituyen, en puridad, actos de investigación o instructorios, sino que son única y exclusivamente limitativos de los derechos fundamentales (art. 5.2 de la Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) o, lo que es lo mismo, se trata de actos puramente jurisdiccionales que la Constitución expresamente reserva a Jueces y Magistrados (arts. 17.2, 18.2 y 3, 20.5, 22.4, 117.3 y 4, 53.2) a quienes les encomienda no sólo la última, sino también la primera palabra, por lo que, en cuanto tales, no poseen una naturaleza policial o instructoria, sino netamente procesal y sometidas, por tanto, a la vigencia, en la medida de lo posible, del principio de contradicción.

En particular, si la medida incide en el derecho a la libertad del menor, dispone el art. 15.1.5º, apartado segundo, que "a solicitud del Fiscal, el Juez podrá acordar el internamiento de éste (del menor) en un Centro cerrado", debiendo el Juez nombrar "al menor Abogado que lo defienda si no lo designan sus padres o representantes legales".

De la redacción del precepto claramente se infiere que, a diferencia del modelo clásico del Juez de Instrucción, aquí el internamiento cautelar del menor solo puede efectuarlo el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio, es decir, en tanto que prolongación de una detención policial previamente adoptada. La anterior circunstancia, unida a la de que la designación de Abogado, en tal caso, deviene preceptiva -por lo que puede la defensa penal combatir con eficacia dicha resolución limitativa del derecho a la libertad-, ocasiona que el Juez de Menores no pueda ya ser configurado como un "Juez instructor" (puesto que la instrucción le ha sido desgajada y conferida al Ministerio Público), sino como un "Juez de la libertad" o garante del libre ejercicio de los derechos fundamentales, siendo, por lo demás, aplicable al supuesto examinado la doctrina del Tribunal Europeo sustentada en el caso Hauschildt (Sentencia de 24 de mayo de 1989 y secundada en el caso Saint-Marie, de 16 de diciembre de 1992), según la cual, cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público (o el de la policía judicial) y el imputado está asistido de Abogado (y puede, por tanto, impugnar con eficacia esta resolución), no es aplicable la doctrina iniciada en los casos Piersack, De Cubber o Ben Yaacoub, ya que la asunción de la instrucción por el Ministerio Público, unida a la plena vigencia del principio de contradicción en la adopción de esta medida cautelar dota al Juez de la imparcialidad necesaria para valorar libremente, y como tercero no comprometido en la investigación, el material de hecho exclusivamente aportado por el Ministerio Público-instructor, la acusación y la defensa.

B) Idéntica conclusión cabe alcanzar con respecto a la intervención del Juez de Menores en la "comparecencia" prevista en la regla sexta del art. 15.1, la cual tampoco compromete su imparcialidad objetiva para poder conocer posteriormente de la audiencia y dictar la pertinente resolución.

En efecto, desde un punto de vista material, se comprueba que la finalidad esencial de dicha comparecencia previa consiste en determinar la concurrencia o no de los presupuestos que posibilitan la apertura de la audiencia principal (regla 7ª del art. 15.1 en relación con la 11ª del mismo precepto), esto es, su naturaleza jurídica es la propia de la denominada "fase intermedia" del proceso penal, la cual sucede, una vez concluida la instrucción, permitiendo ser doctrinalmente enmarcada dentro de la fase de juicio oral. Siendo esto así, ninguna violación del Juez imparcial puede producirse por la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la del juicio oral (por lo demás, existente también en el proceso penal ordinario para delitos graves: arts. 622 y ss. de la L.E.Crim.), toda vez que no puede existir asunción simultánea de funciones instructoras y enjuiciadoras allí donde, por haberse concluido ya la instrucción, tan solo las hay de enjuiciamiento sobre la apertura o no de la audiencia y la de su efectiva realización.

Atendiendo a un criterio formal tampoco se aprecia vulneración alguna de aquella doctrina constitucional, pues de lo que se trata en dicha comparecencia previa es de posibilitar, tanto el ejercicio del derecho a la autodefensa o defensa privada del menor, como el de la defensa pública o técnica de su Abogado defensor. De este modo, dispone el art. 15.1.6ª, apartados cuarto y quinto, que el Juez informará al menor en lenguaje claro y sencillo de los hechos objeto de la diligencia y de su derecho al silencio o a no confesarse culpable, debiéndole prestar declaración en la que el menor podrá personalmente exculparse de los cargos contra él existentes; además y con carácter previo a dicha declaración, puede el menor designar Abogado de su confianza o reclamar la intervención de uno del turno de oficio, gozando ambos de la capacidad de postulación necesaria para poder hacer valer con eficacia el derecho de defensa.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las presentes cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cinco.

Centro de
Estudios
Jurídicos

3.- STC 206/2003, de 1 de diciembre de 2003

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 404-2001, promovido por don Juan Heredia Rodríguez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Belén Jiménez Torrecillas y asistido por el Abogado don Manuel Martínez del Valle Torres, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de diciembre de 2000, que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Granada, de fecha 31 de julio de 2000. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 23 de enero de 2001, la Procuradora de los Tribunales doña Belén Jiménez Torrecillas, en nombre y representación de don Juan Heredia Rodríguez, formula demanda de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento, por las que se condena al ahora demandante de amparo como autor de un delito de robo con intimidación a la pena de tres años y seis meses de prisión, así como al pago de una tercera parte de las costas y a indemnizar conjunta y solidariamente con los otros condenados a la Caja General de Ahorros de Granada en la cantidad de 643.000 pesetas.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes de hecho, que se exponen sintéticamente en lo que concierne al objeto del amparo solicitado:

a) El recurrente fue condenado -junto con otros dos coencausados- por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Granada, en Sentencia de 31 de julio de 2000, como autor de un delito de robo con intimidación, con la agravante de disfraz, a la pena de tres años y seis meses de prisión, así como al pago de una tercera parte de las costas y a indemnizar conjunta y solidariamente con los otros condenados a la Caja General de Ahorros de Granada en la cantidad de 643.000 pesetas.

b) El Juzgado estimó probado que el recurrente y los otros dos condenados, en compañía de un menor, puestos previamente de acuerdo y con el propósito de obtener un ilícito beneficio, se dirigieron a una sucursal de la Caja de Ahorros de Granada. Al llegar al lugar, y según lo previamente acordado, el menor tocó el timbre de la oficina y al abrir, el recurrente y otro de los condenados irrumpieron en la entidad bancaria con los rostros tapados con capuchas, esgrimiendo lo que parecía ser una pistola y un revolver metálicos, y exigieron la entrega de dinero a un empleado, consiguiendo sustraer 643.000 pesetas. Posteriormente, huyeron en dos ciclomotores, en uno de los cuales esperaba el tercer condenado, que había permanecido vigilando en el exterior.

La prueba de cargo fundamental es la testifical del menor que tocó el timbre de la entidad bancaria, como puede apreciarse en el vídeo grabado por la propia entidad, visionado en el acto del juicio oral.

Dicho menor, inicialmente, en su declaración ante la policía, inculpa a los tres condenados y describe cómo sucedieron los hechos. Al día siguiente, al comparecer ante el Fiscal de Menores, ratifica la declaración prestada ante la policía, aunque en dicha exploración se hacen constar unas manifestaciones de su madre, según la cual su hijo había declarado por miedo y por la situación en la que se encontraba (detenido), pero que los nombres se los decía la policía y él contestaba sí o no.

Posteriormente remite una carta a su Letrada (folio 113) en la que manifiesta que se sintió presionado por la policía y, finalmente, en su declaración ante el Juez de Instrucción y en el acto del juicio oral no ratifica la inicial de contenido incriminatorio, sino que sostiene que manifestó lo que le dijo la policía. En el acto del juicio oral, practicada la declaración testifical del menor y al resultar ésta contradictoria con las iniciales de contenido incriminatorio vertidas ante la policía y ante el Fiscal de Menores (en otro procedimiento conexo) la Juez procede a dar lectura a las anteriores declaraciones para que el testigo fuera interrogado sobre ellas y sobre las razones de haberlas cambiado. En consecuencia, y

entendiendo que de este modo quedaba suficientemente garantizada la contradicción, y que, debidamente incorporada la prueba practicada en fase de instrucción al juicio oral, puede servir para fundar una convicción, el Juzgado dicta la Sentencia condenatoria a la que ya se ha hecho referencia.

Más allá de la prueba testifical sólo existen los siguientes indicios tenidos en cuenta por la Sentencia de instancia como elementos de corroboración: la posesión de ciclomotores similares a los usados en el atraco y que el recurrente pintó el suyo de otro color.

c) Frente a la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, desestimado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada, en Sentencia de 22 de diciembre de 2000, que confirma íntegramente la apelada, apreciando que no hay infracción alguna del principio de presunción de inocencia, por cuanto la Juez de instancia ha explicado suficientemente "por qué da crédito a la declaración del menor, examinada en su total contexto", y ha añadido indicios que, sumados a la testifical, la llevan a la solución acertada.

3. La demanda de amparo invoca la vulneración de los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), sosteniendo la inexistencia de prueba de cargo suficiente para desvirtuar ésta, por cuanto la prueba practicada no puede considerarse regularmente obtenida y, en consecuencia, no puede ser tenida en cuenta a la hora de fundamentar la Sentencia condenatoria.

El recurrente afirma que no era posible la incorporación al acto del juicio de las declaraciones iniciales prestadas por el menor, primero ante la policía y posteriormente al ser sometido a exploración ante el Fiscal de Menores, pero en ningún momento ante el Juez instructor, y contradictorias con las vertidas en el acto del juicio oral, por cuanto no se trata de las declaraciones sumariales a las que se refieren los arts. 714 y 730 LECrim, ya que éstas son exclusivamente las prestadas durante la instrucción ante el Juez instructor, como ha declarado este Tribunal en la STC 51/1995, y ni la declaración ante la policía, ni la prestada durante la exploración en la Fiscalía de Menores lo son.

Respecto de la declaración incriminatoria vertida ante la policía, añade que tampoco fue ratificada en el acto del juicio por los funcionarios policiales ante los que se prestó (al no haber sido propuestos como testigos para su ratificación). Por tanto, y citando de nuevo la STC 51/1995, concluye que dicha declaración carece de valor probatorio. En cuanto a la declaración ante el Fiscal de Menores, sostiene que tampoco se le puede otorgar valor

probatorio, porque aunque goce de la presunción de autenticidad (conforme al art. 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal) no puede tener naturaleza de prueba plena, sino que ha de someterse a los principios rectores del juicio oral (inmediación y contradicción), máxime en un caso como éste, en que el explorado es un menor y las personas a las que acusaba llevaban dos días detenidas en dependencias policiales y tenían designado Abogado. No obstante, como no estuvieron presentes las defensas de los acusados (lo cual era factible) en la declaración para poder interrogarlo, se vulneran los derechos de contradicción y defensa del art. 24.2 CE. Cita abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra.

A la vista de todo lo cual, como las citadas declaraciones carecen de valor probatorio (al haberse incorporado incorrectamente al proceso, con vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías) y en ellas se fundamenta la condena, cabe concluir que se ha vulnerado también el principio de presunción de inocencia.

Por ello, solicita que se le otorgue el amparo y que se anulen las resoluciones judiciales impugnadas.

4. Por providencia de 11 de febrero de 2002, la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, al haberse recibido ya los testimonios de las actuaciones, requerir al Juzgado de lo Penal para que emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del demandante, a fin de que pudieran personarse en el proceso.

5. Mediante otra providencia de la misma fecha se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al solicitante de amparo y al Ministerio Fiscal para que alegaran lo que estimaran pertinente en relación con la petición de suspensión interesada. Transcurrido el término conferido, mediante Auto de 22 de abril de 2002 se acordó suspender la ejecución de la Sentencia impugnada en lo relativo a la pena de prisión de tres años y seis meses y denegar la suspensión en cuanto al pago de las costas procesales y de la indemnización.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, de fecha 11 de marzo de 2002, la Sala acuerda, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones del presente recurso de amparo por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a la parte recurrente, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

7. El día 27 de marzo de 2002 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, quien interesa la denegación del amparo solicitado.

Por lo que respecta a la supuesta irregularidad de la introducción de las declaraciones policiales en el plenario, recuerda el Fiscal, citando las SSTC 201/1989 y 7/1999, que no se puede negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal exigen, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción, convirtiéndose así en medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia.

Entiende el Fiscal que las garantías que este Tribunal ha exigido para poder otorgar validez a la prueba practicada en fase sumarial se refieren sólo a aquellas pruebas que no pueden reproducirse íntegramente en el acto del juicio, pero no son exigibles respecto de las que son susceptibles de reproducción íntegra en el juicio oral, al adoptarse las garantías precisamente en la fase de plenario. Y, en el presente caso, lo que es objeto de valoración por parte del Juez de lo Penal no es el contenido de la declaración policial y la posterior ante el Fiscal de Menores, sino la propia declaración del testigo en la vista oral, en cuyo desarrollo se incorporan referencias a anteriores declaraciones, no para dotarlas de valor autónomo, sino para analizar la veracidad de lo que se está exponiendo, argumentando los órganos judiciales acerca de la inconsistencia y falta de veracidad de lo declarado en la vista oral. Por tanto, las declaraciones ante la policía y el Fiscal no han sido dotadas de valor autónomo, sino que es la amplitud de la prueba testifical llevada a cabo en el plenario lo que ha llevado a la convicción judicial de la coparticipación en el hecho delictivo de otras personas, ante la inconsistencia de los alegatos exculpatorios ofrecidos en el juicio por el testigo menor de edad.

Por otra parte, destaca que el propio menor en el acto del juicio reconoció que había declarado lo que consta en el atestado policial y en el expediente de menores seguido por el Fiscal, aunque justificando el sentido de sus declaraciones en la existencia de coacción

policial. Por tanto, es el propio testigo quien recoge en su declaración los nombres de los copartícipes, aunque sea para exculparlos, ofreciendo una justificación sobre el cambio de su inicial versión inculpativa que el Juez de lo Penal estima carente de razonabilidad. Siendo así, ha de concluirse que el *thema probandi* se ha introducido con todas las garantías en el plenario y que los órganos judiciales han valorado libremente la prueba practicada, motivando con largueza sus razonamientos, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

8. El día 8 de abril de 2002 tuvo entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones del demandante de amparo, en el que se reitera esencialmente lo expuesto en su escrito inicial.

9. Por providencia de fecha 5 de noviembre de 2003 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 10 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de los de Granada de 31 de julio de 2000, por la que se condena al recurrente como autor de un delito de robo con intimidación, y contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 22 de diciembre de 2000, que confirma aquélla en apelación.

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por entender que la prueba de cargo en la que se sustenta la condena, concretamente, las declaraciones de un menor, copartícipe en los hechos, ante la policía y ante el Fiscal de Menores, no puede considerarse válida, dado que no se trata de diligencias sumariales, al no haberse prestado en ningún momento ante el Juez, y que en su práctica se vulneró la garantía de contradicción. Por ello, entiende que no podían incorporarse al acto del juicio oral y que al fundarse en ellas la condena se vulnera la presunción de inocencia.

El Ministerio Fiscal, por el contrario, solicita la denegación del amparo por entender que las declaraciones del menor ante la Policía y el Fiscal se han introducido en el plenario

con todas las garantías y que los órganos judiciales han valorado la prueba practicada libremente, motivando con largueza sus razonamientos.

Ya en este punto, ha de advertirse que las dos vulneraciones de derechos fundamentales que alega el demandante "se encuentran indisolublemente unidas, de tal forma que constituyen una única secuencia de hechos que han de ser enjuiciados conjuntamente y que reconducen el fondo de la cuestión planteada a la hipotética infracción del derecho a la presunción de inocencia" (STC 36/1995, de 6 de febrero, FJ 1).

En consecuencia, se trata de dilucidar cuál sea la eficacia probatoria de unas declaraciones inculpativas prestadas por un menor ante la policía y ante el Fiscal de Menores, no ratificadas ni ante el Juez de Instrucción, ni ante el Juez de Menores, ni en el acto del juicio oral, sino tajantemente desmentidas en estas sedes jurisdiccionales, habiendo alegado el recurrente que el menor actuó bajo la presión policial.

2. Así centrado el objeto del debate, conviene recordar la doctrina de este Tribunal en relación con los requisitos constitucionales de validez de la prueba capaz de desvirtuar la presunción de inocencia.

a) Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, venimos afirmando como regla general que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes (así, entre otras muchas, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2).

De esta exigencia general "se desprende que las diligencias llevadas a cabo durante la fase instructora del proceso penal no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, sino únicamente actos de investigación cuya finalidad específica, por tanto, no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de permitir la apertura del juicio oral, proporcionando a tal efecto los elementos necesarios para la

acusación y la defensa" (STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2, citando SSTC 101/1985, de 4 de octubre, 137/1988, de 7 de julio, 161/1990, de 19 de octubre).

b) No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha afirmado expresamente que dicha regla general admite excepciones, que en cuanto tales han de ser interpretadas restrictivamente (STC 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2), a través de las cuales puede considerarse conforme a la Constitución integrar en la valoración probatoria el resultado de ciertas diligencias sumariales que, habiéndose practicado con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, sean reproducidas en el acto del juicio, de modo que quede suficientemente garantizada la contradicción.

En concreto, este Tribunal ha admitido tal posibilidad, a través de las previsiones de los artículos 714 y 730 LECrim, siempre que "el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

En esta misma Sentencia afirmábamos también que, en tales supuestos, "la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial".

c) Ahora bien, debemos recordar aquí, como ya hiciéramos en la STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 5, que los cauces establecidos por los artículos 714 y 730 LECrim "se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto que declara concluida la instrucción, y no en la fase preprocesal, que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no

interviene la autoridad judicial sino la policía". Por tanto, las declaraciones prestadas ante la policía no se convierten sin más en prueba de cargo por el hecho de someterlas a contradicción en el acto del juicio oral, "siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial".

Y ello porque la garantía de contradicción no es la única exigible para poder dotar del carácter de prueba de cargo válida a una declaración inculpativa no prestada en el acto del juicio, constituyendo la presencia de la autoridad judicial en la prestación o en la ratificación de la misma una exigencia inexcusable, por tratarse del "único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" (STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 5).

d) Por último, en relación con las diligencias policiales de investigación hemos afirmado expresamente, también desde la STC 31/1981, de 28 de julio, que no constituyen por sí mismas medios de prueba válidos para desvirtuar la presunción de inocencia, sin que baste para que se conviertan en prueba con su reproducción en el acto del juicio. Sólo cuando concurren circunstancias excepcionales, que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral, hemos considerado admisible la introducción en el juicio de los resultados de estas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados con todas las garantías (SSTC 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2; 7/1999, de 8 de febrero, FJ 2).

En concreto, en la STC 51/1995, de 23 de febrero, sostuvimos que las declaraciones prestadas por un coimputado en dependencias policiales no ratificadas sino desmentidas en presencia judicial no podían ser consideradas prueba de cargo, por no cumplir las condiciones del art. 714 LECrim, que se refiere exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en fase instructora propiamente dicha, y no ostentar eficacia probatoria anticipada o preconstituida alguna. "Para que tal declaración hubiera podido incorporarse al juicio oral, adquiriendo así el valor de prueba de cargo, hubiera sido imprescindible, bien que el coimputado se ratificara en ella ante el Juez de Instrucción -posibilitando así la utilización del cauce previsto en el art. 714 LECrim-, bien que los funcionarios de policía ante quienes se prestó el citado testimonio declarasen como testigos en el acto del juicio oral, con la observancia de los principios de contradicción e inmediación".

3. En el presente caso, del examen de las resoluciones judiciales impugnadas y de las actuaciones remitidas se desprende lo siguiente:

a) Tras ser identificado y detenido el menor Diego (que entonces contaba con quince años de edad), en relación con su presunta intervención en un robo cometido en una entidad bancaria, presta una primera declaración ante la policía el 3 de junio de 1998 (folios 125 y 126), en presencia de su Letrada y de su madre, en la que, tras serle exhibido el vídeo con las secuencias del atraco, reconoce que es él quien aparece llamando al timbre de la entidad bancaria e identifica al ahora demandante de amparo como uno de los individuos que sale de la Caja de Ahorros, contestando afirmativamente a la pregunta de la policía sobre si el citado individuo era Juan Heredia Rodríguez.

b) Al día siguiente, 4 de junio de 1998, presta declaración ante el Fiscal de Menores (folios 127 y 128), igualmente asistido por su madre y su Letrada, en la que se ratifica íntegramente en las declaraciones vertidas ante la policía, constandingo en el acta también unas manifestaciones de la madre, quien sostiene que su hijo "ha dicho los nombres porque ha tenido miedo de lo ocurrido y de la situación en la que se encuentra, pero que los nombres se los decía la Policía y él contestaba sí o no".

c) Con posterioridad, el día 16 de diciembre de 1998, el menor comparece ante el Magistrado Juez del Juzgado de Menores de Granada, asistido por su Letrada, y se retracta de sus anteriores declaraciones, manteniendo que él iba al banco a cambiar dinero y que a los individuos que entraron detrás de él, empujándolo, no los conocía de nada (folios 181 y 182).

Ese mismo día comparece, en calidad de testigo, ante el Juzgado de Instrucción, en presencia de los Letrados de los otros tres imputados, donde es interrogado en relación con una carta enviada por él a su Letrada e incorporada a las actuaciones (folio 113), en la que, retractándose de sus manifestaciones anteriores, afirma que los nombres se los insinuó la policía. En dicha declaración ante el Juez de Instrucción (folios 121 y 122) vuelve a manifestar que se limitó a decir sí a las preguntas de los policías que fueron los que le indicaban los nombres.

d) Finalmente, en el acto del juicio oral, en el que comparece en calidad de testigo, el menor nuevamente se retracta de sus iniciales declaraciones inculpativas, que le fueron leídas, manifestando que no las recordaba y que declaró lo que le dijo la policía.

e) La Sentencia del Juzgado de lo Penal sustenta su conclusión condenatoria en la testifical del menor, entendiendog que, a la vista de la retractación del testigo en el juicio y tras

serle leídas sus declaraciones anteriores ante la policía y el Fiscal de Menores en dicho acto y haber sido interrogado sobre las mismas, el Tribunal de instancia puede otorgar prevalencia a la prueba practicada en instrucción sobre la practicada en el plenario, por estimarla más creíble. A ello añade la existencia de otros indicios corroboradores, como la posesión de ciclomotores similares a los usados en el atraco, y el hecho de que el ahora recurrente en amparo pintase el suyo de otro color, sin duda para evitar ser reconocido.

4. De lo anteriormente expuesto se concluye que las únicas declaraciones de contenido incriminatorio son las prestadas por el menor ante la policía y posteriormente ante el Fiscal de Menores, declaraciones formuladas en un procedimiento distinto y sin contradicción, y que en ningún momento fueron ratificadas en presencia judicial durante la fase de instrucción del procedimiento del que trae causa el presente recurso de amparo, y de las que se retracta en el acto del juicio, al que comparece en calidad de testigo.

Así las cosas, la cuestión a examinar es la de si tales declaraciones reunían los requisitos constitucionalmente necesarios para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta para la formación de la convicción judicial.

Por lo que respecta a las declaraciones prestadas ante la policía, la anterior conclusión resulta de la mera aplicación al caso de nuestra doctrina, ya que no concurren las circunstancias excepcionales que hicieran imposible la práctica de la prueba en la fase instructora o en el juicio, sino que, por el contrario, el menor comparece y declara tanto ante el Juez de Instrucción como en el acto del juicio, si bien retractándose de sus iniciales manifestaciones. En tales circunstancias, las iniciales declaraciones incriminatorias prestadas ante la policía no podían erigirse en prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, ni mediante su lectura en el acto del juicio, ni aunque su resultado se hubiera introducido en dicho acto a través del testimonio de referencia de los funcionarios policiales, pues las garantías del proceso justo imponen que cuando existe un testigo presencial el órgano judicial le oiga directamente y forme su convicción a partir del testimonio prestado a su presencia (a fin de percibir directamente los elementos que puedan ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad) y sometido a contradicción.

5. Cuestión distinta es la planteada en relación con la declaración prestada ante el Fiscal en la exploración del procedimiento de menores.

Ante todo, es preciso señalar que la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor. Como señalábamos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la citada ley, en ella se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal (correspondiendo al Juez de Menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados.

Por otra parte, la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al art. 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los arts. 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su art. 5, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad.

6. Sobre esta base, es de subrayar:

a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, ahora examinada, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad.

b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad.

c) Ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos mayores de edad, pero "la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial" (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, "el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas" (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas).

7. Ahora bien, al tratarse del testimonio de un coimputado o, más precisamente, de un copartícipe en los hechos, su validez como prueba de cargo estaría subordinada -conforme a nuestra jurisprudencia- a la existencia de una mínima corroboración, sin la cual no puede hablarse de base probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), exigencia que puede considerarse cumplida en el presente caso, dado que la Sentencia de instancia cita como elementos de corroboración la posesión por los acusados de ciclomotores similares a los usados en el atraco y que el recurrente pintó el suyo de otro color, sin duda para no ser reconocido.

En atención a todo lo expuesto, cabe afirmar que la condena del demandante se fundó en pruebas de cargo válidas para desvirtuar la presunción de inocencia, agotándose en esta constatación nuestras posibilidades de control, por lo que procede denegar el amparo solicitado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Juan Heredia Rodríguez.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a uno de diciembre de dos mil tres.

Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 404-2001, al que se adhiere la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde.

1. Aunque como Ponente he expresado con la máxima fidelidad el parecer de la Sala, con proclamado respeto a la misma, ejercitando la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, considero conveniente expresar mi criterio parcialmente discrepante del que ha sostenido la mayoría.

Mi discrepancia va referida exclusivamente al fundamento jurídico 5 y siguientes, pues entiendo que la aplicación de la doctrina de este Tribunal, recogida en el fundamento

jurídico 2, a los datos de hecho sintetizados en el fundamento jurídico 3 hubiera debido dar lugar a un pronunciamiento estimatorio del recurso de amparo.

2. Ciertamente la posición institucional de Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía, pero, a los efectos que a la resolución del presente recurso de amparo interesan, lo que resulta indiscutible es que no se puede predicar del mismo la independencia, neutralidad e imparcialidad propias del órgano judicial, por cuanto el Ministerio Fiscal no es tercero entre partes, tampoco en el procedimiento de menores, sino un órgano al que corresponde formular acusación si entiende que los hechos son constitutivos de delito o falta, que, con carácter previo, ha de procurarse los elementos necesarios para sostenerla y a quien, en ningún caso, correspondía, en la práctica de la exploración del menor, la función de velar por los derechos y garantías de terceros mayores imputados en otras causas penales.

Por todo ello, y aunque la declaración prestada ante el Fiscal goce de presunción de autenticidad -art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal-, no puede considerarse equiparable a las diligencias sumariales realizadas ante el Juez de Instrucción, a los efectos de su incorporación al acervo probatorio a través de los mecanismos previstos en los arts. 714 y 730 LECrim.

En efecto, ni puede considerarse prueba anticipada o preconstituida (ya que no resulta imposible su reproducción en el acto del juicio -como demuestra el hecho de que el menor compareciera en dicho acto), ni se practicó con la intervención del Juez de Instrucción, ni se garantizó en el momento de su práctica la posibilidad de contradicción (por todas, STC 12/2002, de 28 de enero, FJ 4), ni mediante su lectura en el acto del juicio, ante la retractación del testigo operada en dicho acto, conforme a lo previsto en el art. 714 LECrim, se convierte en prueba de cargo válida, porque tal posibilidad sólo es constitucionalmente admisible si nos encontramos ante diligencias sumariales practicadas con la garantía de la "presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" (STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 5).

Siendo así, y teniendo en cuenta, además, el carácter excepcional y, por tanto, de interpretación restrictiva (STC 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2), de la admisibilidad como elemento probatorio de las diligencias practicadas al margen del juicio oral y sin intervención de la autoridad judicial, y las peculiaridades del presente caso, en que nos encontramos ante quien materialmente es un coimputado, más propiamente, copartícipe en los hechos [y que,

por tanto, al declarar en el procedimiento que se seguía contra él no tenía obligación de decir verdad y en cuyo testimonio podían concurrir móviles espurios, orientados a la autoexculpación o a la reducción de su responsabilidad (por todas, STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6)] y menor de edad cuya responsabilidad penal se dirime en otro procedimiento distinto a aquel en el que se condena al recurrente y que declara ante quien, además de asumir funciones instructoras, había de formular acusación contra él y en condiciones que no garantizan la contradicción, por las propias peculiaridades del proceso de menores, cabe concluir que las declaraciones prestadas ante el Fiscal de Menores en otro procedimiento conexo tampoco gozaban, como sostiene el recurrente, de las suficientes garantías para ser consideradas como prueba de cargo en la que sustentar su condena.

Y excluida la eficacia probatoria de aquellas iniciales declaraciones, por falta de garantías, no existe ninguna otra prueba de cargo que acredite la participación del recurrente en el hecho delictivo que se le imputa, pues las declaraciones del testigo en el acto del juicio, que sí fueron prestadas con todas las garantías, carecen de contenido incriminatorio y la mera posesión de un ciclomotor similar al utilizado en el atraco y que fue pintado de otro color tampoco tiene tal carácter. Por ello, ha de concluirse que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho del recurrente a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dado que la condena impuesta no se fundamenta en auténticas pruebas de cargo válidas para desvirtuarla.

En tal sentido emito mi Voto.

Madrid, a uno de diciembre de dos mil tres.

4. STC 243/2004, de 16 de diciembre de 2004

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García- Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 2375/95, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra los artículos 4.1, último inciso, 5, 6 y 7 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores. Ha intervenido y formulado alegaciones el Gobierno de las Illes Balears. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El Abogado del Estado, en representación del Presidente del Gobierno de la Nación, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 26 de junio de 1995, con invocación expresa del art. 161.2 CE, formuló recurso de inconstitucionalidad contra los preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, de los que se hace mérito en el encabezamiento de esta Sentencia.

El escrito rector de este proceso constitucional se abre con una serie de consideraciones generales sobre la Ley objeto de impugnación. Al respecto se señala que con su aprobación el Parlamento autonómico ha tratado de completar y aclarar las previsiones de

la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores; Ley Orgánica de carácter procesal penal cuya disposición adicional tercera establece que "la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia".

A la luz de esta previsión legal el Abogado del Estado sostiene que puede admitirse sin dificultad que las Comunidades Autónomas con competencias en materia de instituciones públicas de protección de menores, como es el caso de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en virtud de lo dispuesto entonces en el art. 10.33 de su Estatuto de Autonomía, ostentan asimismo competencias para garantizar el cumplimiento de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores y para dictar las normas precisas al efecto. Sin embargo dicha competencia no puede incluir en ningún caso la facultad de modificar o innovar la normativa estatal en la materia, ni la de condicionar o predeterminar las medidas que al Juez corresponda adoptar, pues de lo contrario se quebrantaría el art. 117.3 CE, invadiéndose las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación penal y procesal ex art. 149.1.6 CE.

a) El Abogado del Estado imputa la mencionada invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal al art. 4.1, último inciso, en conexión con el art. 5, que igualmente se impugna. En dichos preceptos legales se establece que las medidas de corrección a aplicar al menor podrán ser bien las previstas en el art. 2.4 de la Ley Orgánica 4/1992, bien la reparación extrajudicial del daño o la conciliación, cuyo contenido se regula con pormenor en el art. 5.

Siempre a juicio del Abogado del Estado, la innovación llevada a cabo por la Ley autonómica es explícita, en el sentido de que afirma expresamente que crea o amplía las medidas de corrección previstas en la Ley Orgánica estatal. La Ley impugnada crea *expressis verbis* nuevas medidas no contempladas como tales en la Ley Orgánica. Además, la innovación se sitúa en un aspecto fundamental, como es la posible evitación del proceso o de exclusión del nacimiento de la relación jurídica procesal, lo que desborda de manera manifiesta el ámbito de las competencias autonómicas de ejecución, que en el plano normativo únicamente pueden incorporar medidas organizativas, predominantemente a través de reglamentos, según una consolidada doctrina constitucional, que arranca de la STC 18/1982, y que en ningún caso pueden llegar al extremo de permitir una innovación sustantiva de las normas procesales, como aquí ha acaecido.

Se detiene el Abogado del Estado a examinar la inclusión de la regulación impugnada en la materia procesal. Y ello porque entiende que la única interpretación posible y viable de estos dos preceptos es la de que "la realización de alguna de las medidas tendentes a evitar el proceso, excluye la iniciación de éste, lo que es indudablemente un elemento esencial de la regulación del mismo". Admite el Abogado del Estado que cabe interpretar que estas medidas no conllevan necesariamente la evitación del proceso porque subsiste en todo caso la competencia del juez prevista en la Ley orgánica estatal, pero advierte que "esta interpretación sería sumamente forzada, no respetuosa con la definición normativa de estas medidas, como destinadas a evitar el proceso (lo que se refiere inequívocamente a que lo excluyen en el caso de tener lugar, no en el caso de que el juez decida abrir o no el proceso, aunque estas medidas se produzcan); pero, sobre todo, incluso con esta muy benévola interpretación no puede nunca soslayarse que la materia es siempre procesal, en cuanto regularía en todo caso los presupuestos de una decisión judicial procesal, como es en sí misma la concerniente a la apertura del proceso". A mayor abundamiento, se introducen unos trámites obligatorios no previstos en la Ley Orgánica, que deja libertad al juez en este punto y que tampoco impone la intervención de la víctima.

Para concluir su alegato en este punto el Abogado del Estado invoca la doctrina sentada en la STC 121/1992, de 28 de septiembre, de la que reproduce parcialmente su fundamento jurídico 4, y añade que, al no existir en este caso ninguna competencia sustantiva, la aplicación de dicha doctrina conduce indefectiblemente a la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales examinados.

b) Con respecto a los arts. 6 y 7 el Abogado del Estado sostiene que "vienen a establecer un desarrollo sustantivo de las medidas correctoras contempladas en el art. 2.4 de la Ley Orgánica estatal. Con ello, la Comunidad Autónoma invade irremediablemente las competencias estatales en materia de Derecho procesal una vez más, y sobre todo, las competencias exclusivas en materia de Derecho penal, y las derivadas del art. 149.1.1 de la Constitución, referentes a las condiciones básicas del ejercicio de los derechos fundamentales, en conexión con el art. 81 de la Constitución, que exige ley orgánica en la regulación de los aspectos esenciales de estos derechos".

En primer término se señala que estos preceptos innovan explícitamente lo establecido en la Ley Orgánica estatal, con el pretexto de considerar su regulación como simples medidas de ejecución. En los artículos impugnados se procede a una delimitación normativa del

contenido de las medidas correctoras previstas en la Ley estatal, introduciendo toda clase de detalles, límites, precisiones e innovaciones que abundan sobre la regulación estatal. Incluso en aquellos aspectos donde coinciden, esta regulación es en sí y en bloque inconstitucional. El carácter sustantivo de la regulación es manifiesto y queda, por tanto, fuera de la habilitación recogida en la Ley Orgánica de referencia -única habilitación constitucionalmente posible-, de tal suerte que, se considere la materia regulada Derecho procesal o Derecho penal, la extralimitación competencial es evidente, siendo trasladables aquí los argumentos expuestos para fundamentar la impugnación de los arts. 4.1, último inciso, y 5 de la Ley autonómica.

Seguidamente se apunta que la materia regulada se inserta en el ámbito del Derecho penal. En opinión del Abogado del Estado "la directa relación de las medidas correctoras con la medida del injusto y de la culpabilidad, con la delimitación típica de las figuras penales, y su ligazón con los fines de las penas (aunque sobre todo se relacionen con la prevención especial y la rehabilitación), determina que la consideración sistemática de estas medidas, desde el punto de vista del orden constitucional de las competencias (y sin otras finalidades dogmáticas), sea la propia del Derecho penal". Las peculiaridades de este tipo de medidas tienen que ver con el tratamiento específico que el Derecho penal dispensa a los menores de edad, cuya personalidad se halla todavía en estado de formación, pero no alteran esa incardinación competencial. Consecuentemente, será la rehabilitación la finalidad predominante de cualquier medida correctiva, pero ello no sitúa dichas medidas fuera del campo del Derecho penal.

La consideración de las medidas como parte del Derecho penal supone la exclusión de toda competencia normativa autonómica por mor de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE y en virtud de la reserva de Ley Orgánica que rige en esta materia (SSTC 5/1981, 25/1981, 159/1986, 118/1992 y 119/1992). Además, la relación con la libertad personal de las medidas correctoras previstas en la ley autonómica es también evidente, siempre según el Abogado del Estado, lo que refuerza la necesidad de Ley Orgánica. Por otra parte, el título competencial previsto en el art. 149.1.1 CE también cobra relevancia, pues las medidas correctoras inciden en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, al suponer siempre indudables constricciones a aquéllos; su simple examen así lo evidencia: internamiento, libertad vigilada, trabajos en beneficio de la comunidad (sin que medie consentimiento del menor), internamiento de fines de semana, tratamiento en régimen abierto, semiabierto y cerrado, entre otras.

En virtud de las razones ahora sintetizadas, el Abogado del Estado concluye solicitando de este Tribunal que dicte Sentencia por la que se declare la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados.

2. Mediante providencia de 4 de julio de 1995 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, así como dar traslado de la demanda y documentos presentados, de conformidad con el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, así como al Parlamento y al Consejo de Gobierno de las Illes Balears, por conducto de sus respectivos Presidentes, al objeto de que en el plazo de quince días pudiesen personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes; tener por invocado el art. 161.2 CE, lo que, a tenor del art. 30 LOTC, produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada para las partes desde la fecha de interposición del recurso y para los terceros desde el día en que se publicase la suspensión en el "Boletín Oficial del Estado"; y, por último, publicar la incoación del recurso y la suspensión acordada en el "Boletín Oficial del Estado" y en el de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

Esta providencia se publicó en el "Boletín Oficial del Estado" núm. 166, de 13 de julio de 1995.

3. Por escrito presentado ese mismo día 13 de julio de 1995 el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado, en la reunión celebrada el día 11 anterior, no personarse ni formular alegaciones en el presente proceso constitucional.

Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el día 19 de julio de 1995 el Presidente del Senado interesó que se tuviera por personada a dicha Cámara y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

4. El 28 de julio de 1995 se presentó en el Registro General de este Tribunal Constitucional el escrito de alegaciones formulado por el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, quien actúa en la representación que legalmente ostenta.

a) Dicho escrito se abre con unas apreciaciones de carácter general en las que se apunta que mediante la interposición de este recurso de inconstitucionalidad se pretende preservar la vigencia de competencia estatal sobre legislación penal y procesal (art. 149.1.6

CE) por entenderse que, con la aprobación de la Ley impugnada, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears habría incurrido en una extralimitación competencial. Sin embargo, para el Letrado autonómico, el recurso se basa en una interpretación de los preceptos legales impugnados que se aparta de los verdaderos objetivos de la Ley, que no son otros que complementar las disposiciones estatales en la materia con una regulación basada en el título de intervención normativa que proporcionaba entonces el art. 10.33 del Estatuto de Autonomía.

Con respecto a este título competencial, que confiere a la Comunidad Autónoma la exclusividad sobre las "instituciones públicas de protección y tutela de menores", se reconoce que es indudable la existencia de un límite inherente al ejercicio de la competencia, cual es el respeto a la legislación penal, penitenciaria y procesal. Por otra parte, la delimitación de las competencias autonómicas en la materia se perfecciona con la mención de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, de reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, que encomienda a "las entidades públicas competentes en la materia" la ejecución de las medidas adoptadas por estos órganos judiciales. Pues bien, el Letrado de la Comunidad Autónoma sostiene a este respecto que "la 'ejecución' de las medidas judiciales a que se refiere la Ley Orgánica 4/1992 no puede subsumirse en el concepto de ejecución como facultad puramente administrativa a la que se refieren las normas constitucionales y estatutarias relativas a la distribución de competencias y, especialmente, a las distintas potestades públicas que corresponden en cada caso al Estado o a las Comunidades Autónomas", añadiendo que "la 'ejecución de las medidas judiciales debe concebirse como un sector propio de la materia protección y tutela de menores, y no como una expresión relativa a la potestad pública de dictar actos administrativos".

Mediante la aprobación de la Ley 6/1995 el Parlamento de las Illes Balears ha procedido a regular la actividad de ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores con el fin de garantizar su más eficaz cumplimiento y sin invadir las competencias estatales dimanantes del art. 149.1.6 CE lo que, indudablemente, sucedería si el legislador autonómico predeterminase la actuación de dichos Jueces. Para el Letrado de la Comunidad Autónoma debe repararse en que el Parlamento de las Illes Balears fue muy consciente de los límites que enmarcan su tarea. Así se pondría de manifiesto en la Exposición de Motivos de Ley, donde se afirma que con ella "[se] regula de forma concisa una de las vertientes de la competencia de menores; la de ejecución de las medidas dictadas por los juzgados de

menores. Se trata de completar y aclarar, respecto a lo que es competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, el contenido de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores. Dicha disposición, ya en su exposición de motivos, alude a su carácter urgente y deriva tácitamente a una necesaria legislación posterior. Ante la evidencia de esta necesidad, esta comunidad autónoma, con un escrupuloso respeto a la normativa estatal, a las competencias judiciales y del Ministerio Fiscal y al derecho internacional, se dota de la presente ley, cuyo objeto principal es la defensa del interés del menor y ello en el marco de las más modernas corrientes en cuanto a procedimiento: desjudicialización y utilización de la familia como canal de reinserción normal siempre que esto sea posible". Igualmente, en el art. 1.1, que tiene la siguiente declaración inequívoca, según la calificación del propio Letrado de la Comunidad Autónoma: "La presente ley tiene por objeto regular la actuación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación a la ejecución de las medidas que son de su competencia en virtud de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores". Y, finalmente, en el capítulo II, titulado "Ejecución de las medidas por parte de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares", y en donde se contienen una serie de preceptos esencialmente dirigidos a los órganos e instituciones llamados a aplicar las decisiones judiciales, aunque ello suponga sistematizar el acervo de medidas previstas en la legislación estatal de protección de menores.

b) Entrando ya en la exposición de las razones por las cuales debe descartarse que los arts. 4.1 -último inciso- y 5 de la Ley impugnada sean contrarios a la Constitución, el Letrado de la Comunidad Autónoma señala que dichos preceptos no llevan a cabo la innovación de las medidas que se les achaca en el escrito rector de este proceso. En contra de lo sostenido en el recurso se apunta que, por razones sistemáticas, el legislador balear ha considerado oportuno, para una mejor regulación de la actividad ejecutiva de la Administración autonómica, referirse a las clases de medidas de corrección, distinguiendo, en primer lugar, entre la típicas, o previstas en la legislación estatal, y las complementarias; y, en segundo lugar, dentro de las primeras, separando las que se relacionan expresamente en el art. 2.4 de la Ley Orgánica, de otras también previstas en esta Ley que no suelen ser objeto de la resolución final del proceso.

Respecto de aquellas medidas no mencionadas en el art. 2.4 de la Ley Orgánica se apunta que la regulación autonómica no representa innovación alguna respecto de las

posibilidades de actuación del Juez de Menores, quien puede adoptar las medidas tendentes a evitar el proceso contempladas en la Ley Orgánica 4/1992, entre las que figura la reparación del daño. Por su parte, la conciliación es una medida similar en lo fundamental a la anterior, como se explicita en el art. 5.2 de la Ley impugnada. De donde se desprende que la reparación extrajudicial como supuesto de evitación del proceso no implica una verdadera innovación de la ordenación procesal, afirmación que se hace más evidente si se considera que se trata de una facultad que se ejerce al inicio de las actuaciones. Y ello porque uno de los objetivos de la legislación internacional, estatal y autonómica de menores es evitar al llamado delincuente infantil o juvenil las consecuencias de una imputación formal y los efectos aflictivos del proceso.

La corrección formal y material de los artículos 4.1 -último inciso- y 5 se sostiene, asimismo, a partir de la constatación de que la Ley 6/1995 no establece ningún trámite que deba ser observado imperativamente con carácter previo, ni impone restricción alguna a los poderes del juez, quien goza de la necesaria libertad para determinar o no la aplicación de estas medidas. De tal suerte que la reparación extrajudicial del daño puede y debe entenderse como una guía o directriz para la Administración, que en ningún caso sería vinculante para el Juez de Menores. A juicio del Letrado de la Comunidad Autónoma otro tanto cabe decir de la conciliación, simple modalidad de la anterior. A mayor abundamiento recuerda que "desde el Derecho Internacional los Estados han impulsado y fomentado diversas medidas correctivas que tienden, en interés del menor, a la evitación del proceso. La definición de tales medidas no es ociosa para las Administraciones que, como la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, están llamadas a colaborar con los órganos judiciales".

c) Finalmente se exponen las razones que refuerzan la presunción de constitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Ley 6/1995. Al respecto se comienza haciendo referencia a la interpretación sistemática de los preceptos legales cuestionados, señalando que las medidas en ellos relacionadas son las que figuran expresamente en el art. 2.4 de la Ley Orgánica 4/1992, al que alude también de manera expresa el art. 4.1 de la propia Ley autonómica. Y ello es así, según apunta el Letrado de la Comunidad Autónoma, con independencia de que, por razones metodológicas, el legislador haya decidido diferenciar las medidas judiciales en régimen abierto (art. 6) de aquellas otras ejecutables "en un medio institucional" (art. 7), pero sin que tal extremo genere dudas sobre el hecho de que la

autoridad que la prescribe es en todo caso la judicial y la que las ejecuta es la Administración autonómica.

Por otra parte, el legislador balear ha sido consciente de que las medidas de corrección representan un *numerus clausus*, y consecuentemente cuando regula su ejecución contempla los mismos supuestos previstos en el art. 2.4 de la Ley Orgánica 4/1992, bien que relacionándolas con alguna diferencia sistemática (caso de las medidas 1 y 7, por ejemplo). La acción legisladora no pretende sino guiar la actuación ejecutiva de la Administración autonómica en materia de protección de menores, de la que forma parte, como sector o submateria, la ejecución de las medidas judiciales dictadas por los Juzgados de Menores. De ahí que el Letrado de la Comunidad Autónoma afirme con rotundidad que "la regulación contenida en la Ley 6/1995 no se refiere a la tipificación de conductas, ni al establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, por lo que no se invade la esfera de lo penal".

A continuación se detiene el Letrado de la Comunidad Autónoma a examinar las diferentes medidas enumeradas en los preceptos impugnados.

Así, en el art. 6.1 (que se corresponde con el art. 2.4.1 de la Ley Orgánica 4/1992) se explica en qué consiste la medida de amonestación recogiendo su sentido lógico, en concordancia con la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española. Al señalarse que el juez podrá delegar en la autoridad administrativa la ejecución de la medida, no puede sostenerse que se invada competencia estatal alguna, toda vez que la mencionada Ley Orgánica en ningún momento prescribe que deba ser el juez quien ejecute por sí mismo la medida ni, por consiguiente, le impide delegar su ejercicio.

En el art. 6.2, relativo a la libertad vigilada y concordante con el art. 2.4.2 de la Ley Orgánica 4/1992, se señala quién realizará el seguimiento y el objeto que debe perseguir el equipo de seguimiento a partir de los derechos fundamentales del menor. Lo único que se hace es concretar el modo y la instancia administrativa que cumplirá la medida dictada por el Juzgado de Menores en aplicación de la Ley Orgánica.

Con respecto al art. 6.3, prestación de servicios en beneficio de la comunidad (prevista en el art. 2.4.5 de la Ley Orgánica 4/1992), se recuerda en qué tipo de servicios o entidades se deberá prestar esta medida y su carácter gratuito.

En el art. 6.4, relativo al tratamiento ambulatorio, concordante con el art. 2.4.6 de la Ley Orgánica 4/1992, se indica que el objeto de esta medida, en consonancia con los fines de

la propia normativa estatal e internacional sobre menores, es que el menor reciba el apoyo suficiente para una atención y educación adecuadas a su edad y circunstancias. Al respecto recuerda el Letrado de la Comunidad Autónoma que garantizar la idoneidad de los acogedores es competencia de la entidad pública que lleva a cabo la ejecución de la medida.

En el art. 7.1 se contempla el internamiento de fines de semana (como también se hace en el art. 2.4.1 de la Ley Orgánica 4/1992). El precepto se limita a decir dónde se hará efectivo y en qué tipo de centros se dará cumplimiento a la medida. Ciertamente, se establece una delimitación temporal del fin de semana, pero en modo alguno puede entenderse que haya extralimitación competencial, toda vez que se reconoce que el límite máximo será de 48 horas. Lo que se da a efectos prácticos de aplicabilidad de la ley, y en atención al interés y beneficio del menor y de su familia, es un marco de sesenta horas para su aplicación práctica, estableciendo como parámetro el fin de semana laboral en términos populares, es decir, desde la finalización del horario laboral del viernes hasta el inicio del lunes. Y todo ello con la única finalidad de facilitar la aplicación de la medida.

En cuanto al art. 7.2, relativo al internamiento en régimen abierto (art. 2.4.7 de la Ley Orgánica 4/1992), se señala dónde se puede llevar a efecto y en qué consiste la medida, para darle mayor eficacia. Algo parecido sucede en el art. 7.3, referido al internamiento en un centro de carácter terapéutico (art. 2.4.6 de la Ley Orgánica), o en el art. 7.5, para el internamiento en régimen cerrado (art. 2.4.7 de la Ley Orgánica), que indican en qué tipo de centros se podrán llevar a cabo tales medidas. Por último, el art. 7.4, referido al internamiento en régimen semiabierto (art. 2.4.7), también señala en qué tipos de centro puede realizarse. El hecho de indicar que las actividades escolares o prelaborales podrán realizarse fuera del centro en aquellos casos en los que no se ponga en peligro la aplicación de la medida es consecuente con el régimen semiabierto.

El escrito de alegaciones se cierra con una "consideración final" en la que se subraya que los preceptos legales no presentan ninguna incorrección constitucional o estatutaria, en especial si se efectúa una "lectura acorde con los objetivos tuitivos" de la propia Ley y con el título de intervención autonómica, derivado de los arts. 148.1.20 CE y 10.33 del Estatuto de Autonomía, así como de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Además se reitera que el legislador balear ha regulado el modo y las bases desde las cuales la Administración de la Comunidad Autónoma deberá ejecutar las medidas judiciales establecidas en dicha Ley Orgánica, sin ampliarlas y sin predeterminar en modo alguno las

decisiones que pueda adoptar el Juzgado de Menores. Por ello el Letrado de la Comunidad Autónoma sostiene que debe concluirse que el Parlamento de las Illes Balears "ni ha dictado normas de ordenación del proceso, ni ha establecido las consecuencias punitivas que corresponden a la conducta infractora de los menores de edad. Y está claro que tampoco ha regulado aspectos propios del legislador orgánica, limitándose a disciplinar la actuación de la Administración autonómica en el campo de la ejecución o aplicación de las medidas que el Juez de Menores decida".

Consecuentemente con lo expuesto el Letrado de la Comunidad Autónoma postula la desestimación del presente recurso de inconstitucionalidad. Mediante otrosí se solicitaba el levantamiento de la suspensión de los preceptos legales impugnados.

5. El 28 de julio de 1995 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal un escrito del Vicepresidente Primero y Presidente en funciones del Parlamento de las Illes Balears, comunicando que la Mesa de la Cámara parlamentaria, en sesión celebrada el anterior día 21, había acordado no personarse ni formular alegaciones en este proceso constitucional, ofreciendo toda su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

6. Acompañando un nuevo escrito presentado en el Registro General de este Tribunal Constitucional el 1 de agosto de 1995, el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears aportó la Orden de personación dictada por la Presidencia de la Comunidad Autónoma en fecha 27 de julio anterior.

7. Por providencia de 18 de agosto de 1995 la Sección de Vacaciones de este Tribunal acordó tener por personado al Gobierno de las Illes Balears y por formuladas sus alegaciones y por recibido el escrito del Presidente en funciones del Parlamento de dicha Comunidad Autónoma antes reseñado. Igualmente, solicitado por otrosí del escrito de alegaciones del Gobierno balear el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, se concedió al Abogado del Estado un plazo de diez días para que se pronunciara sobre este extremo.

Evacuando el trámite conferido, el Abogado del Estado presentó, el 24 de agosto de 1995, escrito de alegaciones solicitando el mantenimiento de la suspensión de los preceptos

de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995 objeto de impugnación en este proceso constitucional.

Finalmente, este Tribunal acordó, en ATC 292/1995, de 24 de octubre, "mantener la suspensión del art. 4.1, inciso final, en conexión con el art. 5, y levantar la suspensión de los arts. 6 y 7 de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores". Esta decisión fue publicada en el "Boletín Oficial del Estado" núm. 263, de 3 de noviembre de 1995.

8. Por providencia de 14 de diciembre de 2004 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se impugnan en este proceso constitucional el último inciso del art. 4.1, puesto en conexión con el art. 5, que también se recurre expresamente, así como los arts. 6 y 7 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores. A los dos primeros preceptos se les reprocha, en el recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa, haber invadido la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE). Este mismo vicio se imputa a los arts. 6 y 7, que, además, habrían ignorado el título competencial exclusivo sobre legislación penal (art. 149.1.6 CE), estrechamente conectado, al decir del recurrente, con la reserva de Ley Orgánica del art. 81 CE y con la igualdad en las condiciones de ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

2. En la exposición de motivos de la Ley autonómica que nos ocupa se invoca como fundamento competencial el título que, con carácter exclusivo, la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ostenta sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores". Esta competencia, que no figuraba en la redacción originaria del Estatuto, fue transferida a la mencionada Comunidad Autónoma por el art. 5.1 a) de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la

autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución. Con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad Autónoma llevada a cabo por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo, dicha competencia exclusiva se recogió en el art. 10.33 del texto estatutario, que ha pasado a ser el art. 10.35 tras la última reforma estatutaria, concretada en la Ley Orgánica 3/1999, de 8 de enero.

Por otro lado interesa señalar que, conforme se especifica en su art. 1.1, la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995 tiene por objeto la regulación de la actuación de la Comunidad Autónoma en relación con la ejecución de las medidas acordadas por los Jueces de Menores en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. Pues bien, tanto esta Ley Orgánica, que fuera aprobada con el carácter de reforma urgente de este sector del ordenamiento impulsada por la STC 36/1991, de 14 de febrero, como el texto refundido de 11 de junio de 1948, cuyos aspectos procesales modificaba, han sido derogados con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa. Concretamente, la normativa referida ha sido sustituida por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, objeto de posteriores reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, ambas de 22 de diciembre, y 15/2003, de 25 de noviembre. Como más adelante tendremos ocasión de comprobar, estas modificaciones legislativas no han alterado en lo sustancial los términos de la controversia competencial que subyace en el presente recurso.

3. Una vez reseñadas las reformas legislativas sucedidas durante la pendencia de este proceso constitucional, parece oportuno examinar el alcance y límites del título competencial específicamente invocado por el legislador autonómico a la hora de aprobar la norma legal en la que se integran los preceptos impugnados.

A este respecto, debemos recordar una vez más que el legislador autonómico ha identificado como título competencial ejercitado con ocasión de la aprobación de la Ley 6/1995, de 21 de marzo, el ahora recogido en el art. 10.35 EAIB, conforme al cual la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ostenta competencia exclusiva en materia de "instituciones públicas de protección y tutela de menores". A este mismo título competencial se hace referencia en la Ley del Parlamento de las Illes Balears 7/1995, también de 21 de marzo, de guarda y protección de menores desamparados.

Los aspectos regulados en estas dos leyes autonómicas vienen a corresponderse con las dos principales vertientes en que cabe desdoblarse el contenido de la competencia. En efecto, mientras que la Ley 6/1995 atiende a la función reformadora, expresión empleada en nuestro Derecho histórico de la materia, la Ley 7/1995 regula el auxilio a los menores que se hallen en situaciones de riesgo o desamparo. Es decir, esta Ley autonómica, cuyo contenido no ha sido impugnado ante este Tribunal, atiende a la función protectora de la que se hablara en el Real Decreto-ley de 15 de julio de 1925, o en el texto refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, y ahora en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Se trata, como es bien sabido, de funciones públicas cuyo ejercicio se ha atribuido tradicionalmente a unos mismos órganos, los Tribunales Tutelares de Menores.

No estará de más recordar que estos órganos, a los que calificáramos de "híbridos administrativos jurisdiccionales" en nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero (FJ 2, entonces por referencia expresa al texto refundido de 1948, que en este punto no hace sino reiterar las soluciones organizativas habituales desde la creación de los Tribunales para niños mediante la Ley de 25 de noviembre de 1918), han sido sustituidos por los Juzgados de Menores a los que corresponde "el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes" (art. 97 LOPJ). Pues bien, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que el legislador autonómico trató de "completar y aclarar" con la aprobación de la Ley 6/1995, objeto de este proceso constitucional, descargó a estos órganos judiciales de toda actividad en la denominada "función protectora" de los menores. Con ello ha desaparecido la conexión orgánica tradicional en esta materia, por lo que entre ambas Leyes autonómicas no existirá más vínculo que el estrictamente competencial.

4. A fin de avanzar un paso más en la delimitación conceptual de la competencia autonómica que nos ocupa debemos recordar que, como ya se ha dicho, la competencia exclusiva sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores" le fue transferida a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a través del art. 5.1 a) de la Ley Orgánica 9/1992, integrándose en el texto estatutario con ocasión de la reforma llevada a efecto por la Ley Orgánica 9/1994, de 24 de marzo. Ni que decir tiene que, como acertadamente apunta el Letrado de la Comunidad Autónoma, esta competencia autonómica ha de cohererarse con

otros títulos competenciales exclusivos de titularidad estatal y que operan sobre la misma realidad social. Así figura, explícitamente, en diversos Estatutos de Autonomía, donde se hace uso de la cláusula "sin perjuicio de la legislación civil, penal y penitenciaria" (v. gr., arts. 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 10.14 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco; 13.23 del Estatuto de Autonomía para Andalucía; 44.23 Ley Orgánica de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra; y 7.1.32 del Estatuto de Autonomía para Extremadura).

Importa ceñir el análisis a las relaciones entre la competencia exclusiva autonómica que nos ocupa y la legislación penal y penitenciaria, sectores del ordenamiento jurídico que, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.6 CE, se sitúan por completo extramuros de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Una tarea que debemos emprender teniendo presente el diferente alcance de las competencias autonómicas de ejecución de la legislación penitenciaria y sobre "protección y tutela de menores", que es la aquí específicamente concernida. De tal suerte que si para aprehender el perímetro de la primera sería necesario recordar la doctrina general elaborada por este Tribunal en torno al deslinde de los conceptos "legislación" y "ejecución" (SSTC 103/1999, de 3 de junio, FJ 4, y 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 6), no sucede lo mismo en el caso de la segunda, donde las Comunidades Autónomas disponen de un mayor espacio de intervención.

Hecha esta precisión, interesa subrayar que en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación de "elementos sancionadores y [re]educativos" (STC 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4). Esta peculiar combinación responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al "interés superior" del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. En el art. 40.1 de este mismo texto internacional, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990, se reconoce el derecho del menor acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes penales a "ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad". Finalmente, y para concluir con este breve examen de la normativa internacional de relevancia para la materia, resulta oportuno indicar que, de acuerdo con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia

de menores, más conocidas como "Reglas de Beijing" de 28 de noviembre de 1985, el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a "las circunstancias del delincuente y del delito", sino que también debe atender al bienestar de estos menores (en especial, reglas 5 y 14).

Esta preponderancia de los aspectos atinentes a la integración y reinserción social de los menores explica la mayor extensión de las competencias autonómicas en el ámbito que nos ocupa. Limitándonos ahora a la intervención de las Comunidades Autónomas en la aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores, aspecto específicamente regulado en la Ley impugnada, y dejando por tanto al margen cualquier consideración respecto de las acciones preventivas de la delincuencia infantil y juvenil, debemos afirmar que dicha intervención no debe agotarse insoslayablemente en la ejecución material de las medidas judicialmente acordadas sino que podrá extenderse a cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad, especialmente mediante el diseño de programas y actuaciones, de carácter eminentemente educativo y responsabilizador, que apoyen los procesos individuales de reinserción.

5. Consecuentemente, en este ámbito las competencias estatales del art. 149.1.6 CE no actúan como presupuesto habilitante de la función ejecutiva a desarrollar por las Comunidades Autónomas sino como límite de su acción normativa. Se trata, por ello, de averiguar si los preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995 específicamente impugnados en este proceso constitucional han franqueado ese límite, tarea que iniciamos con la sucinta exposición de los argumentos aducidos por las partes personadas en relación con los arts. 4.1 in fine y 5.

El art. 4.1 establece que las medidas de corrección aplicables a los menores podrán ser "bien las que enumera el artículo 2.4 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los juzgados de menores, bien otras medidas enumeradas en el artículo siguiente y tendentes a evitar el proceso". El recurso se ciñe a este último inciso, así como al art. 5, que presenta el siguiente contenido:

"Artículo 5. Medidas tendentes a evitar el proceso.

Las medidas que tienden a evitar el proceso penal son:

1. La reparación extrajudicial del daño supone un enfrentamiento del menor con su propia conducta y las consecuencias derivadas de ella, realizado a través de una intervención

de tipo educativo y por instancia judicial. La reparación del daño implica la responsabilización del menor por sus actos a través de la obligación de reparar o compensar en todo o en parte los daños causados según sus propias posibilidades.

De acuerdo con la víctima se procederá a la cuantificación del mismo, y el modo y tiempo de realización de la actividad reparadora. En ningún momento se aceptará cantidad ni reparación alguna que no provenga del trabajo o actividad del propio menor. El consentimiento del menor quedará reflejado por escrito.

2. La conciliación participa de la anterior en todas sus finalidades excepto en relación con el carácter económico. Se realizará en unidad de acto y con constancia por escrito."

Según se ha reseñado con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el Abogado del Estado sostiene que en estos preceptos el Parlamento de las Illes Balears ha llevado a cabo una ampliación de las medidas correctoras previstas en su momento por la Ley Orgánica 4/1992, y lo ha hecho con el expreso propósito de evitar el proceso, desbordando con ello el ámbito de las competencias autonómicas de ejecución, que en ningún caso permiten la innovación sustantiva de las normas procesales. Para el Abogado del Estado la naturaleza procesal del contenido de estos preceptos legales no puede ofrecer duda, pues regulan supuestos tendientes a evitar la existencia misma del proceso, aun cuando subsistan las facultades que al Juez de menores se atribuyen en la mencionada Ley Orgánica estatal.

Por su parte, el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears niega que los preceptos legales en cuestión innoven en modo alguno lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/1992, pues en ésta ya se menciona la reparación del daño como medida tendente a evitar el proceso, figura con la que guarda una notable similitud la conciliación, como así se pone de relieve en el art. 5.2 de la Ley impugnada. En opinión del Letrado autonómico, en el ámbito de la justicia juvenil el diseño de medidas que puedan evitar el proceso representa una contribución a la consecución del objetivo de ahorrar al menor las consecuencias afflictivas de una imputación formal. Siendo éste el propósito al que responde el art. 5 de la Ley 6/1995, se hace notar que el mismo no incluye ningún trámite preceptivo ni restringe los poderes del Juez sino que únicamente fija directrices para la acción de la Administración.

6. A la hora de exponer los motivos que nos llevan a concluir que los preceptos legales impugnados no se acomodan al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias hemos de comenzar asentando como premisa insoslayable de nuestro

razonamiento la relativa a la naturaleza procesal del procedimiento utilizado para el ejercicio de la función correctora por los Juzgados de Menores, que forman parte del Poder Judicial como "órganos jurisdiccionales ordinarios pero especializados" (por todas, SSTC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 6; 211/1993, de 28 de junio, FJ 4; y 233/1993, de 12 de julio, FJ 2). De esta misma naturaleza participan los preceptos legales recurridos, sin que existan particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que justifiquen su aprobación.

a) El carácter procesal de las previsiones legales recurridas resulta, en primer lugar, de la atención al elemento teleológico singularizado por el legislador autonómico, que ha hecho hincapié precisamente en la idoneidad de estas medidas para "evitar el proceso" (art. 4.1 último inciso y primera frase del art. 5).

En segundo lugar, interesa señalar que esa expresa identificación de la finalidad perseguida se corresponde con el contenido normativo de las disposiciones legales impugnadas. En la definición de las dos figuras el legislador balear ha partido de la necesidad insoslayable de la intervención de "instancia judicial" (art. 5.1, primer párrafo), estableciendo requisitos inexcusables para que ambas surtan el efecto de evitar el proceso. Así se exige, en el caso de la reparación extrajudicial del daño, que la cantidad o reparación provenga únicamente "del trabajo o actividad del propio menor", cuyo consentimiento "quedará reflejado por escrito" (art. 5.1, segundo párrafo). Con respecto a la conciliación se ordena su realización "en unidad de acto y con constancia por escrito" (art. 5.2).

No nos hallamos, por tanto, y frente a lo sostenido por el Letrado autonómico, ante preceptos legales que contengan directrices de actuación de la Administración autonómica en la materia, como podría ser el caso si se dirigiera a ésta el mandato de propiciar la composición extraprocésal. Tampoco nos encontramos frente al diseño de medidas complementarias, de carácter eminentemente educativo, adoptadas por el legislador autonómico en ejercicio de la competencia exclusiva sobre "protección y tutela de menores", como sucede en el art. 8 de la propia Ley 6/1995.

Se trata, por el contrario, de la regulación de los requisitos que determinados actos, en este caso la reparación o compromiso de reparación del daño y la conciliación entre el menor y la víctima, deben reunir para que el proceso no concluya mediante sentencia en la que, llegado el caso, se impongan al menor medidas de contenido educativo-sancionador. Unos requisitos que no figuraban en el art. 2.2.6 de la Ley Orgánica 4/1992, precepto que ni tan siquiera hacía mención a la conciliación, ni se han incluido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12

de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Ciñendo nuestra labor de cotejo y contraste a esta última norma, dada su vigencia en el momento de resolver este recurso de inconstitucionalidad (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 7), hemos de aludir al art. 19, donde se contemplan la reparación del daño y la conciliación como causas de sobreseimiento del expediente instruido por el Ministerio Fiscal. Hallándonos, pues, ante un supuesto en el que se decide nada menos que el ejercicio de la acción penal, resulta inconcusa la naturaleza procesal de cuantas medidas puedan determinar el sentido de tal decisión y la consiguiente limitación de la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en este punto.

b) Afirmado el carácter procesal de lo dispuesto en los art. 4.1 in fine y 5 de la Ley 6/1995, debemos constatar que no existen particularidades sustantivas en el Derecho autonómico que, al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE, permitan al Parlamento de las Illes Balears introducir en su ordenamiento este tipo de normas.

En este sentido debemos recordar una vez más que "las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ ; 121/1992, de 28 de septiembre; FJ 4 y 121/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas 'necesarias especialidades' (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)" (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 4).

Sentado lo cual debemos advertir que, en primer término, la Ley 6/1995 no contiene particularidad sustantiva alguna atinente al extremo que nos ocupa, toda vez que el propósito al que respondiera su aprobación no era otro que el de regular la actuación autonómica en la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores, según lo contemplado en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/1992 (art. 1.1 de la Ley autonómica). Por otro lado, y consecuentemente con cuanto tuvimos ocasión de exponer al examinar el alcance y contenido de la competencia autonómica en materia de "protección y tutela de menores", tampoco cabe establecer ese vínculo entre las ramas sustantiva y procesal por relación a la Ley 7/1995, cuyo contenido es ajeno a la función correctora de los menores ejercida por los

Juzgados de Menores, pues versa sobre la guarda y protección de menores desamparados o en situación de riesgo.

Por las razones expuestas debemos declarar la inconstitucionalidad de estos preceptos legales por invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal.

7. El segundo bloque de preceptos legales impugnados está integrado por los arts. 6 y 7 de la Ley 6/1995 del Parlamento de las Illes Balears, cuya literalidad parece oportuno tener presente:

"Artículo 6. Medidas judiciales en medio abierto.

Serán las dictadas por el juez en cualquier momento del proceso o en la resolución del mismo e implican la no separación del menor del lugar de su residencia habitual.

1. La amonestación se llevará a cabo en la forma en que se considere conveniente para el cumplimiento del fin de concienciación y responsabilización del reproche social de los actos del menor. Podrá ser llevada a cabo directamente por el juez o delegarla en la autoridad administrativa. Consistirá en realizar con el menor un análisis de los actos realizados, el reproche social que los mismos suponen, y las consecuencias que de ellos pueden derivarse, instándole a la no realización de los mismos.

2. La libertad vigilada se adoptará siempre que sea aconsejable y será realizada por el equipo específico de la Dirección General de Juventud, Menores y Familia que se determine, y consistirá en la ayuda socioeducativa por medio del control y seguimiento desarrollado con la colaboración de los recursos sociales y educativos del entorno del menor de manera continuada con la finalidad de que el menor consiga su autonomía personal y una efectiva integración sociofamiliar.

3. La prestación de servicios en beneficio de la comunidad es una actividad de interés general en beneficio de toda la colectividad consistente en la obligación de prestar cooperación, de carácter gratuito, en determinados servicios públicos o en entidades de carácter privado sin ánimo de lucro y con fines de interés social. A tal efecto, la resolución judicial fijará la duración de la prestación a desarrollar que se llevará a cabo en períodos compatibles con la actividad laboral o formativa del menor.

4. Se ofrecerá al menor tratamiento ambulatorio, cuando así se resuelva, en los centros de salud, unidades de salud mental, centros de día y cuantos centros se habiliten para ello dentro de la red ordinaria.

5. La acogida por otra persona o núcleo familiar supone otorgar temporalmente la guarda de un menor a una persona o personas distintas de aquellas con las que venía conviviendo, con la intervención de la entidad pública, con el objeto de recibir el apoyo suficiente para una atención y educación adecuadas a su edad y circunstancias. La Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores."

"Artículo 7. Medidas judiciales en un medio institucional.

1. El internamiento de uno a tres fines de semana se llevará a cabo por determinación del juez en cualquiera de los centros de régimen semiabierto o cerrado de que dispone la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Se entenderá, a efectos de esta ley, por fin de semana desde las 20 horas del viernes a las 8 horas del lunes sin que la duración total de la medida pueda exceder de 48 horas.

2. En el internamiento en régimen abierto el menor tendrá la obligación de residir en un centro, integrado en el ámbito de protección, en un régimen de convivencia similar al familiar, realizando fuera del centro sus actividades escolares o laborales, pudiendo disfrutar de fines de semana y períodos vacacionales en su propio hogar si ello es posible y se considera conveniente por el equipo técnico del centro.

3. El internamiento en un centro de carácter terapéutico se realizará en aquellos centros residenciales que ofrecen tratamiento especializado de carácter sanitario y educativo a través de la red ordinaria, tales como comunidades terapéuticas, unidades hospitalarias y cuantos recursos se habiliten para ello.

4. El internamiento en régimen semiabierto consiste en la obligación de residir en centros de carácter socioeducativo en los que el menor desarrolle hábitos de convivencia, actividades rehabilitadoras y apoyo psicosocial en relación supervisada con el medio donde esté ubicado.

Las salidas del centro por parte del menor deberán ser puestas en conocimiento del Juzgado y del Ministerio Fiscal.

Las actividades escolares y prelaborales podrán realizarse fuera del centro en aquellos casos en que no se ponga en peligro la aplicación de la medida.

5. El internamiento en régimen cerrado impone la obligación de residir en un centro de tratamiento socioeducativo en el que el menor desarrolle hábitos de convivencia y en el que se someta a actividades rehabilitadoras y apoyo psicosocial. Los centros de cumplimiento de régimen cerrado estarán a cargo de personal con formación específica que garantice la custodia y seguridad de los menores así como su seguimiento individualizado. Los menores sujetos a esta medida no podrán salir del centro sin autorización judicial y cuando sea necesario lo harán acompañados de personal habilitado."

En opinión del Abogado del Estado estos preceptos invadirían las competencias exclusivas del Estado sobre legislación procesal y penal (art. 149.1.6 CE), así como las relativas a la determinación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE). En especial, sostiene que estos preceptos regulan una materia que se inserta en el ámbito del Derecho penal por la directa relación de las medidas correctoras con los criterios de lo injusto y de la culpabilidad así como por su íntima conexión con los fines perseguidos, en los que se reconoce el predominio de la prevención especial y la rehabilitación. Todo ello determina, siempre según el Abogado del Estado, que desde el punto de vista competencial la ubicación sistemática de esta regulación se incardine en la materia Derecho penal, atribuida en exclusiva al legislador estatal; más concretamente, al legislador orgánico en virtud del art. 81 CE, habida cuenta de la limitación de derechos fundamentales que implica.

Por su parte el Letrado de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sostiene que con estos preceptos legales se pretende únicamente guiar la actuación ejecutiva de la Administración autonómica, sin incidir en la tipificación de las conductas ni en el establecimiento de las consecuencias punitivas correspondientes, esferas propias de lo penal. Partiendo de esta premisa general, examina luego pormenorizadamente cada uno de los apartados en los que se dividen los artículos 6 y 7, para concluir que su contenido se acomoda plenamente a la competencia sobre "protección y tutela de menores" (art. 10.35 EAIB).

8. Expuestas sucintamente las posiciones sostenidas por las partes personadas en este proceso acerca de la constitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Ley 6/1995, debemos comenzar señalando que las medidas correctoras que pueden acordar los órganos jurisdiccionales integrantes de la justicia de menores representan las consecuencias jurídicas diseñadas por el

legislador para el menor infractor. Habida cuenta de que las mismas conllevan una privación o restricción de bienes jurídicos, resulta indiscutible la incardinación constitucional de la definición de su contenido en el ámbito de la legislación penal. Se trata, por lo demás, de un criterio ya avanzado en nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero, en particular FFJJ 7 y 8, entonces por referencia al principio de tipicidad.

Consecuentemente, habremos de declarar contrarios al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias aquellos apartados de los preceptos legales impugnados que incorporen una determinación del contenido de las medidas. Ello es así por cuanto incorporan una especificación de la carga aflictiva de la resolución cuya ponderación está reservada al legislador estatal en virtud del art. 149.1.6 CE.

En otro orden de cosas interesa recordar que no nos hallamos aquí en presencia de una relación competencial establecida sobre el binomio bases/desarrollo, sino ante una competencia exclusiva del Estado, por lo que la simple enunciación de las medidas que contiene el art. 2.4 de la Ley Orgánica 4/1992 no habilita el desarrollo normativo autonómico, interpretación que parece apuntar el Letrado de la Comunidad Autónoma de Illes Balears. Por la misma razón tampoco es relevante que la definición del contenido de las medidas se acomode a lo dispuesto en el art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, lo que resulta harto discutible en diversos supuestos, como es el caso de la amonestación o el internamiento de fin de semana.

A mayor abundamiento, cuando la determinación del contenido lo es de una medida privativa de libertad, entonces nos hallamos en el ámbito expresamente reservado a la Ley Orgánica en virtud del art. 81.1 CE (por todas, STC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2). Esto es lo que sucede en las medidas reguladas en el art. 7 de la Ley autonómica, que implican todas ellas privación de libertad. Consecuentemente, la definición que el legislador autonómico ha hecho de su contenido, prestando especial atención a las obligaciones que conllevan para el menor infractor, representa una intromisión en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal.

Por lo que respecta al art. 6, debemos apreciar vulneración del sistema de distribución de competencias en aquellos apartados en los que se procede a una definición del contenido de las medidas correctoras que pueden imponer los Jueces de Menores. Esto deja a salvo el apartado cuarto, pues en él se contiene únicamente una previsión organizativa relativa a los centros y unidades en los que la Administración autonómica podrá dispensar tratamiento

ambulatorio a los menores y la segunda frase del apartado cinco, de acuerdo con la cual "la Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores" en el caso de que la medida consistiera en la acogida por otra persona o núcleo familiar, ahora por referencia a la "convivencia con otra persona, familia o grupo educativo" [art. 7.1 i) de la Ley Orgánica 5/2000].

9. Llegados a este punto parece conveniente precisar el alcance de los efectos de nuestro pronunciamiento. Concretamente, y habida cuenta de que los arts. 4.1 in fine y 5 permanecieron suspendidos en virtud del ATC 292/1995, de 24 de octubre, debemos señalar que la declaración de inconstitucionalidad, y consiguiente nulidad, de los preceptos legales impugnados, con las salvedades ya reseñadas, no afectará, por razones de seguridad jurídica, a las resoluciones firmes que hubieran podido dictarse formalmente en aplicación de los arts. 6 y 7 de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en ejecución de las medidas judiciales sobre menores infractores.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar en parte el recurso de inconstitucionalidad núm. 2375/95 y declarar que son inconstitucionales y, en consecuencia, nulos los siguientes preceptos de la Ley del Parlamento de las Illes Balears 6/1995, de 21 de marzo, de actuación de la Comunidad Autónoma en aplicación de las medidas judiciales sobre menores infractores:

a) El artículo 4.1, último inciso ("bien otras medidas enumeradas en el artículo siguiente y tendentes a evitar el proceso"), y el artículo 5.

b) Los artículos 6 (a excepción del apartado cuarto y de la segunda frase del apartado quinto, "La Administración autonómica garantizará la idoneidad de los acogedores") y 7, con los efectos señalados en el fundamento jurídico noveno.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a dieciséis de diciembre de dos mil cuatro.



5 Auto	275/2005
Fecha	de 22 de junio de 2005
Sala	Pleno
Magistrados	Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.
Núm. de registro	4003-2003
Asunto	Cuestión de inconstitucionalidad 4003-2003
Fallo	La inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad .

AUTO

I. Antecedentes

1. Con fecha 19 de junio de 2003 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el Auto de 6 de marzo de 2003 del Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia por el que dicho juzgado decidió elevar cuestión de inconstitucionalidad sobre diversas disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), cuya fundamentación se detallará a continuación.

2. Los antecedentes relevantes para la presente cuestión de inconstitucionalidad son los que a continuación se señalan:

a) Tras atestado instruido por la Policía Nacional de Sagunto, sobre hechos sucedidos en abril de 1999, que pudieran ser constitutivos de delito de robo de dos ciclomotores, en los cuales pudieran estar implicados los menores F. C. P., J. B. C. y E. R. L., la Fiscalía de Menores, por Decreto de 21 de marzo de 2001, desistió de la incoación del expediente a los menores a los efectos de depurar su eventual responsabilidad penal, en virtud del art. 18 LORPM, y, de conformidad con el último inciso de dicho precepto procedió a tramitar la

correspondiente pieza de responsabilidad civil. Llegados a la vista oral, el Fiscal solicitó la condena de los menores F. C. P. y J. B. C. al pago de 471 euros de forma solidaria, por cuanto el resto de la cantidad solicitada ya fue objeto de consignación al haberse allanado los citados menores. Asimismo, solicitó la absolución de E. R. L.

b) Por Auto de 25 de enero de 2003, el Juzgado de Menores acordó, con carácter previo al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, dar traslado del mismo al Fiscal y a las defensas de los menores, para que, en el plazo de diez días, manifestaran lo que estimaren procedente sobre la pertinencia de dicha cuestión de inconstitucionalidad. El Ministerio Fiscal consideró improcedente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, mientras que los letrados de los menores dejaron transcurrir el plazo sin presentar alegaciones.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el Juzgado de Menores realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) Se impugnan la regla primera del art. 61, así como el art. 64 y el art. 18 LORPM en cuanto contrarios al actuar imparcial del Fiscal (art. 124.2 CE) y al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Se aduce, en primer término, que en la pieza de responsabilidad civil regulada en dichos preceptos, el fiscal actúa por obligación legal sustituyendo al perjudicado, por lo que no actúa en defensa de un interés público, ni social, sino en defensa de un interés indemnizatorio puramente privado. Además, el ejercicio de la acción civil por el Fiscal sólo debería ser posible cuando se ejerciera conjuntamente con la acción penal. Desde esta perspectiva se sostiene que el Juez penal carece de competencia para enjuiciar la responsabilidad civil si ésta no deriva de un ilícito penal, de modo que, habiendo desistido el fiscal de la acción penal, con base en el art. 18 LORPM, faltaría la declaración de responsabilidad penal en la que sustentar la responsabilidad civil. En su criterio, constituiría un absurdo pretender un pronunciamiento penal que sirva de base al civil en el ámbito propio de la Jurisdicción Civil. Por ello entiende que, si se niega al Juez el derecho a penar, carece de competencia para conocer de los efectos civiles del acto dañoso, pues “la existencia de la infracción criminal, su atribución al imputado y la consiguiente exigencia de las responsabilidades de todo orden derivadas de ella, únicamente pueden demostrarse y nacer a la realidad jurídica a través del proceso penal”.

El Juzgado de Menores sostiene que la regulación del principio de oportunidad en el art. 18 LO 5/2000 contradice dogmas básicos, como el relativo a que la existencia de infracción penal y de responsabilidad penal solo pueden determinarse en un proceso penal por el Juez penal. Dicho precepto permite, por el contrario, que el Fiscal realice una primera calificación, y, sin audiencia del menor, ni de los perjudicados ni de los responsables civiles solidarios, y sin un proceso penal, se abra la pieza de responsabilidad civil, contraviniendo el principio de exclusividad jurisdiccional.

En definitiva, se afirma, “ni el Juez del Orden Jurisdiccional Penal tiene competencia para conocer de la acción civil separadamente de la penal, ni el Ministerio Fiscal está legitimado para el ejercicio separado de esa acción, ni para, sustituyendo al perjudicado titular de la relación jurídica u objeto litigioso, intervenir activamente en la redacción de una demanda civil en ese orden jurisdiccional, en la proposición y practica de una prueba civil e informada por los principios imperantes en ese orden jurisdiccional”.

b) El art. 18 LO 5/2000, en cuanto manifestación de las posibilidades de ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, al permitir el desistimiento de la incoación del expediente, y en base al cual se abre la pieza de responsabilidad civil, lesionaría el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 C.E, al no someter el mismo a criterios reglados que permitirían dar un tratamiento diferenciado de los hechos punibles y al permitir su ejercicio sin ningún control judicial. Se sostiene que se otorga una “omnimoda” facultad al Fiscal, que es la única parte acusadora, a quien se atribuye en exclusiva el ejercicio de la acción penal, sin regular medio alguno para controlarla, por lo que esta norma sería contraria al art. 117.3 CE.

Además las personas afectadas por el desistimiento, en concreto el perjudicado, se encontrarían en total desamparo, ya que no pueden ejercer la acción penal, monopolizada por el Ministerio Fiscal, ni reiterar su denuncia ante el Juez de menores; tampoco pueden recurrir la decisión, pese a la consagración constitucional del derecho al recurso, que se deduciría del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE en relación con el art. 14.5 PIDCP, y el art. 7 de las Reglas de Pekín dictadas por la ONU sobre jurisdicción de menores).

c) En tercer lugar se afirma que las normas procesales que regulan la pieza de responsabilidad civil (arts. 61 a 64) infringen los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 9.3, 25.1, 24, y 117.3 CE, ya que, al ser normas incompletas, genéricas, imprecisas e indeterminadas, generan dudas y confusiones insuperables para sus

destinatarios, siendo imprevisibles. Se aducen como imprecisiones las siguientes: el art. 64.3 no establece plazo para notificar al menor y a sus representantes legales la apertura de la pieza de responsabilidad civil, ni plazo para que se personen, si bien la regla cuarta del mismo parece partir de dicha personación previa a la incoación de la pieza; tampoco establece plazo para convocar a la vista oral a las partes, ni regula las consecuencias de la incomparecencia de éstas; no se fija como norma supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando, una vez que el Fiscal desiste de la incoación del expediente de responsabilidad penal, el procedimiento tiene carácter civil; no se establecen límites del objeto de la pieza de responsabilidad civil; no se regula el momento para la recepción de pruebas de oficio.

A ello se añaden —siempre según el Juzgado de Menores que plantea la cuestión— las siguientes cuestiones carentes de respuesta: a) ¿Hay una prejudicialidad penal en la pieza y, en concreto, cabe iniciar el procedimiento civil antes de la conclusión del Expediente Principal?; b) ¿Qué sucederá si el menor es interrogado en la vista civil antes de recaer sentencia u otra resolución definitiva en el proceso penal?. c) ¿Es supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil?. d) ¿Es posible suspender la tramitación de la pieza?. e) ¿Pueden subsanarse de oficio los defectos y omisiones del escrito de personación?. f) ¿Es parte el Fiscal en la pieza de responsabilidad civil?.

d) Las normas que regulan la pieza de responsabilidad civil (arts. 61 a 64) vulneran el principio de legalidad y seguridad jurídica (arts. 9.3, 25.1, 24, y 117.3 CE), ya que no regulan la materia referida a costas y gastos procesales. Por ello se pregunta, quién debe satisfacer los honorarios de los peritos y las indemnizaciones de los testigos que sean propuestos por el Ministerio Fiscal, o si sería posible la condena en costas al Fiscal. La ausencia de regulación sería tanto más grave por cuanto el art. 394.4 LEC establece que no se pueden imponer costas al Fiscal en los procesos en los que actúe como parte y ésta es una norma pensada para los casos en que el Fiscal defiende un interés público pero no cuando, como en el caso, solo defiende intereses crematísticos privados.

Además dichos artículos vulnerarían el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con el derecho fundamental a la igualdad de trato (art. 14 CE), por cuanto no se exige abogado y procurador, a pesar de que la cuantía del proceso puede superar los 901 euros, que es el límite económico para que se requiera en los procesos civiles ordinarios abogado y procurador, cuando en la pieza de responsabilidad civil se

ventilan exactamente los mismos intereses que en los procesos civiles ordinarios. También se quebrantarán dichos derechos al arbitrarse solución defensiva para el presunto responsable y para los representantes legales del menor, pero no para los perjudicados.

Finalmente se refuta la argumentación avanzada por el Ministerio Fiscal en el trámite de alegaciones, en el sentido de que se habría producido el allanamiento de los responsables, por cuanto este allanamiento sería solo parcial, dado que únicamente se habría consignado una parte de la cuantía indemnizatoria, y dado que se pide la absolución del tercer menor; además, quedarían por determinar también los intereses legales. Concluye el Juzgado de menores afirmando que la cuestión es, en definitiva, si tiene competencia para dictar sentencia en la pieza de responsabilidad civil sin vulnerar el principio de legalidad penal que se basa en la exclusividad jurisdiccional penal.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 2 de diciembre de 2003, se acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, por si pudiera carecer de relevancia para la decisión del proceso la validez del art. 18 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero (art. 35.2 LOTC), y por si pudieran resultar notoriamente infundadas las tachas de inconstitucionalidad planteadas respecto de los arts. 18, 61 y 64 de la citada Ley (art. 37.1 LOTC).

5. En escrito registrado ante este Tribunal el 29 de diciembre de 2003 el Fiscal General del Estado considera que la cuestión de inconstitucionalidad planteada resulta inadmisibile, en primer término, porque algunas de las cuestiones planteadas implican una denuncia de las insuficiencias o dificultades interpretativas de las normas, sin razonar que no sea posible una interpretación de las normas conforme a la Constitución, ni su relevancia para la resolución del proceso, y, de otra parte, porque otras de las cuestiones suscitadas son notoriamente infundadas.

a) Para el Fiscal General del Estado constituirían meras dudas interpretativas y no auténticas dudas de constitucionalidad, las siguientes deficiencias que el juez pone de relieve en las normas sobre la pieza de responsabilidad civil contenida en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor: ausencia de plazo para notificar al menor su condición

de responsable civil, que es condición indispensable para acordar el inicio del procedimiento, que afecta al art. 64.3ª y 4ª LORPM; falta de previsión sobre la actuación a seguir si los demandados no comparecen o no contestan, que afecta al art. 64.5ª y 6ª LORPM; indeterminación del plazo para efectuar la convocatoria de la vista oral, que afecta al art. 64.6ª LORPM; omisión de regulación de los presupuestos procesales básicos de la estructura del proceso o de la determinación del momento en que se deba de aportar de oficio el material probatorio, que, según el juez proponente de la cuestión, no puede ser suplida mediante las normas de remisión previstas en la LORPM, ya que las específicas se refieren a la regulación del recurso de apelación y del proceso de ejecución y la genérica lo es a la LECrim, con olvido de que dichos presupuestos básicos del proceso están perfectamente regulados en el art. 24.2 CE, que nada impide pueda ser aplicado para colmar tales lagunas.

Tampoco podrían incluirse en este proceso las preguntas que el Juez se formula relativas a si existe prejudicialidad penal en la pieza y, en concreto, si cabría iniciar el procedimiento civil antes de la conclusión del Expediente Principal; qué sucedería si el menor es interrogado en la vista civil antes de recaer sentencia u otra resolución definitiva en el proceso penal; si es supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil; si es posible suspender la tramitación de la pieza; si podrían subsanarse de oficio los defectos y omisiones del escrito de personación; si es parte el Fiscal en la pieza de responsabilidad civil; quién debe satisfacer los honorarios de los peritos y las indemnizaciones de los testigos que sean propuestos por el Ministerio Fiscal.

b) Una vez delimitado el objeto de la cuestión, sostiene el Fiscal General del Estado que la eventual inconstitucionalidad del art. 18 LORPM carece de relevancia para la solución del proceso (art. 35.2 LOTC), porque, siendo competencia y carga del órgano judicial cuestionante realizar el juicio de relevancia, en el caso, “el auto de planteamiento de la cuestión no contiene razonamiento alguno sobre la necesidad de aplicar el art. 18 LORPM para resolver la pretensión de resarcimiento ejercitada y, en segundo lugar, porque si el objeto del proceso era resolver la responsabilidad civil derivada de un delito atribuido a los demandados, no cabe duda alguna de que la pretensión planteada podía resolverse por el Juzgado con independencia de que el Fiscal hubiese o no ejercitado la pretensión punitivo-educativa prevista en la LORPM como consecuencia de la realización, por parte de los demandados, de los hechos en los que se fundamentaba aquélla, ya que, como se dice en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado “el nuevo sistema (de

exigencia de responsabilidad civil) instaurado por la Ley, arts. 61 a 64, crea un singular procedimiento civil a tramitar en pieza separada ante el Juez de Menores que corre paralelo y con una pretendida independencia de la suerte del procedimiento penal.”

c) Sobre el fundamento de las cuestiones planteadas argumenta el Fiscal General del Estado:

a) Carece de fundamento la cuestión relativa a la vulneración del art. 117.3 CE por el art. 18 LORPM, en cuanto permite que el Fiscal desista del expediente al menor sin control judicial, ya que, si bien el art. 117.3 CE otorga el ejercicio de la potestad jurisdiccional a los órganos del Poder Judicial de forma exclusiva y excluyente, sin embargo, de dicho precepto no se deriva que todas las controversias que surjan en torno a una relación jurídica tengan que resolverse por parte de los órganos del Poder Judicial, pues la Constitución admite sistemas de autocomposición de conflictos o de heterocomposición (arbitrajes). Incluso, en los casos en que es obligatoria la intervención del sistema judicial, como en el caso de las infracciones penales, no es obligatorio que dicha intervención se produzca siempre de oficio, pues en las infracciones semipúblicas y en las privadas es necesario el ejercicio de la acción penal para iniciar el proceso penal. La consagración del principio de oportunidad se propugna respecto de infracciones menores, y dicha opción se considera especialmente relevante cuando han sido cometidas por menores de edad, pues junto al interés general en la persecución de las infracciones es necesario considerar el interés en la reeducación del menor.

Afirma el Fiscal que, si bien en el caso no ha habido arbitraje alguno ni transacción, la pretensión resarcitoria “ha sido planteada contra personas determinadas que han sido llamadas al proceso y han comparecido ejerciendo su derecho de defensa; la referida pretensión, además, aparece fundamentada en hechos que implican la realización de un tipo de injusto; y, finalmente, se ha propuesto, y practicado, la prueba solicitada por las partes intervinientes en el proceso”. En función de ello entiende que no se alcanza a comprender qué limitación representa el art. 18 LORPM para el enjuiciamiento de dicha pretensión civil al permitir que el Fiscal desista de ejercitar la pretensión de naturaleza punitiva. Señala, además, que en el Derecho penal de adultos son conocidos supuestos en los que la exención de la responsabilidad penal no determina la exención de la responsabilidad civil, dado que ésta subsistirá si existe una conducta típica y antijurídica, de suerte que, aun cuando las “consecuencias penales no pueden pedirse ni imponerse, ello no evitará que se produzca el resarcimiento civil incluso en el propio proceso penal”.

La Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor estaría consagrando, en criterio del Fiscal, el principio de oportunidad en los procesos contra menores de manera reglada, asumiendo, así, principios consagrados en textos jurídicos internacionales que establecen la necesidad de desjudicialización del mismo [Reglas –Beijing- 6 y 11 de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, y la II Recomendación (87) 20, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987].

Sostiene el Fiscal que quizás la limitación, aducida por el órgano judicial cuestionante, podría radicar en que, pidiéndose el resarcimiento de los daños derivados de la comisión de una infracción penal, ésta debería ser constatada por un órgano judicial mediante el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Pero también esta posibilidad carecería de fundamento, dado que es un órgano del Poder Judicial el que en ejercicio de la potestad jurisdiccional “resar[ce] las consecuencias dañosas derivadas de la realización de los hechos que constituyen dicha infracción”. Así resultaría del examen de la demanda formulada por el Fiscal en la que se describen los hechos, se propone prueba para acreditar tales hechos y que los demandados son sus autores, y es a éstos a los que se les pide el pago de los daños cifrados en 1.413.8 euros.

b) Respecto de la vulneración del art. 124.2 CE, por los arts. 18, 61.1 y 64 LORPM, al asignar al Ministerio Fiscal la representación de los perjudicados, sostiene el Fiscal que carece de fundamento, pues el art. 124.2 CE atribuye al Fiscal la promoción de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de modo que dicho precepto no prohíbe que el Fiscal pueda ejercer la pretensión de resarcimiento del daño, sino que, al contrario, la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público exigen la existencia de un órgano que se ocupe de obtener de los Tribunales el resarcimiento de los daños que derivan de la comisión de delitos o faltas, sin que ello implique actuar en representación de los perjudicados ni sujeto a sus instrucciones. De ninguno de los preceptos cuestionados —arts. 61.1 y 64 LORPM— se infiere que actúe en representación de los perjudicados, sino que la legitimación del Fiscal tiene carácter subsidiario, esto es, solo procede si el perjudicado no renuncia a la indemnización, no la ejercita por sí mismo, ni se reserva la acción para ejercerla ante la jurisdicción civil. En cualquier caso, queda claro que dicho ejercicio se sujetará a los arts. 124.2 CE y 2.1 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y sin someterse a lo que

opinen los perjudicados, siendo ésta la forma de actuación del Fiscal en el caso, conforme se deduce de las actuaciones.

c) En cuanto a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por los arts. 61.1 y 64 LORPM, entiende también el Fiscal que carece de fundamento, por las mismas razones ya apuntadas en relación con la vulneración alegada del art. 117.3 CE, dado que la regulación de la pieza de responsabilidad civil no contempla ninguna limitación de su determinación, pues los hechos son sometidos al conocimiento del Juez de Menores a efectos de la pretensión resarcitoria —el mismo que conocería también de la pretensión punitivo-educadora—, por lo que no existe falta de intervención judicial para declarar la existencia del delito del que deriva la responsabilidad civil y dicho procedimiento se sustancia con estricta observancia de los principios de contradicción e igualdad de armas.

d) También carecería de fundamento la duda de constitucionalidad del art. 64.11 LORPM en relación con los arts. 14 y 24.1 CE, y los principios de seguridad jurídica y legalidad (arts. 9.3 y 25.1 CE), sustentada en no exigir procurador y asistencia letrada en la pieza de responsabilidad. Sostiene el Fiscal, de un lado, que el principio de legalidad (art. 25.1 CE) ciñe su ámbito de aplicación a la legislación sancionadora (STC 161/2003, FJ 2), lo que no es el caso, y, de otro, que la seguridad jurídica no guarda relación con las posibilidades de contar con asistencia jurídica, así se deduce de la jurisprudencia constitucional (STC 234/2001, FJ 9). De otra parte, la norma cuestionada no produciría ninguna incertidumbre. Igualmente carecería de fundamento la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que, sobre la misma base que la anterior, se aduce en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), pues, no se alega que en el caso concreto hubiera sido preceptiva la asistencia jurídica si se hubiera acudido a la jurisdicción civil para substanciar la pretensión indemnizatoria. Además, entiende el Fiscal, no se da la igualdad de supuestos requerida a los efectos del art. 14 CE, no solo porque se trata de jurisdicciones distintas, sino porque la sentencia dictada en el Juzgado de Menores en materia de responsabilidad civil carece de eficacia de cosa juzgada (art. 64.10 LORPM).

Finalmente, en cuanto a la diferencia de trato entre responsables civiles y perjudicados en punto a la asistencia letrada, y sin perjuicio de que no tendría relevancia para el caso porque no intervinieron los perjudicados, carecería de fundamento ya que la norma no prohíbe que los perjudicados asistan al procedimiento con procurador y abogado. A ello añade que, conforme a los arts. 119 CE y 2, 3, 4, 5, 7 y 8 de Ley de asistencia jurídica gratuita es

necesario reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita en todos los casos en los que las necesidades de la justicia o la complejidad del asunto lo aconsejen, o cuando se produzca un desequilibrio entre las partes al actuar.

e) Sobre el carácter incompleto, genérico, impreciso e indeterminado de la regulación de la pieza de responsabilidad civil que se contiene en los arts. 61.1 y 64 LORPM que, según el órgano judicial, infringiría el principio de legalidad, consagrado en los arts. 9.3, 25.1, 24 y 117.3 CE, y el de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, afirma el Fiscal que, con independencia de que el principio de legalidad no puede entenderse reconocido en los arts. 24 y 117.3 CE y, con independencia también de que el art. 25.1 CE se aplica sólo al ordenamiento sancionador, la duda carece de fundamento porque encubre una crítica a la regulación legal, que ni tiene cabida en el proceso constitucional ni es lícito efectuarla teniendo pendiente un proceso en el que tiene que aplicar las normas. Además, afirma el Fiscal que, en dicho trance, el órgano judicial encargado del enjuiciamiento debe utilizar los instrumentos que la interpretación y la aplicación de las normas supletorias proporcionan al aplicador del Derecho para completarlas y precisarlas, pues todo ello forma parte de la función de juzgar que el art. 117.3 CE atribuye a los órganos del Poder Judicial.

f) Por último, en lo atinente a la regla sexta del art. 64 LORPM y a la indeterminación del objeto del proceso, sostiene el Fiscal que el Auto de planteamiento no proporciona el mínimo fundamento, y que difícilmente podría este proporcionarse, pues basta la lectura de los arts. 61 y 62 para concluir que el objeto del proceso lo constituye la responsabilidad civil derivada de infracciones penales.

II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad, suscitada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Valencia, versa sobre los arts. 18, 61.1 y 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, por posible vulneración de los arts. 117.3, 124.2, 24.1 y 2, 9.3 y 25.1 y 14 CE, conforme se ha detallado en los antecedentes.

Habiendo sometido este Tribunal a la consideración del Fiscal General del Estado, mediante providencia de su Sección Segunda de 2 de diciembre de 2003, conforme a lo previsto en los arts. 37.1 y 35.2 LOTC, la posibilidad de que la presente cuestión de inconstitucionalidad resultare inadmisibile, por no ser relevante para la resolución del proceso

el art. 18, y por ser notoriamente infundadas el resto de las cuestiones planteadas, aquél se ha pronunciado en sentido afirmativo, considerando inadmisibles la totalidad de las cuestiones suscitadas.

2. Las normas impugnadas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, impugnadas son las siguientes:

Art. 18: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil.

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.”

Art. 61.1: “La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Art. 64: “Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1ª. Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, procederá a abrir una pieza separada de responsabilidad civil, notificando a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2ª. En la pieza de referencia podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el art. 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el

escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3. El Juez de Menores notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4. Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores dictará auto acordando el inicio del procedimiento, en el que se señalarán las partes actoras y demandadas, según lo que se haya solicitado por los actores y se desprenda del expediente, y concederá un plazo de diez días a los demandantes para que presenten un escrito con sus pretensiones y propongan la prueba que consideren necesaria, incluida la confesión en juicio y la de testigos. 5ª. Transcurrido dicho plazo, el Juez de Menores dará traslado del escrito a los demandados, quienes en un plazo de diez días deberán contestar a la demanda y proponer a su vez la prueba que consideren necesaria.

6ª El Juez, inmediatamente que tenga en su poder los escritos de unos y de otros, convocará a los demandantes y a los demandados a una vista oral en la que aquéllos y éstos, por su orden, expondrán sus pretensiones y sus alegaciones sobre todo aquello que consideren relevante al objeto del proceso. En el mismo acto se admitirán las pruebas pertinentes y se practicarán las pruebas propuestas. No podrá rechazarse la confesión en juicio o la prueba testifical por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente principal.

7ª. El Juez, de oficio, mandará unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión.

8ª Una vez celebrada la audiencia en el procedimiento de menores y dictada sentencia o recaída otra resolución definitiva, el Juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles, con el contenido indicado en el art. 115 del vigente Código Penal.

9ª. Contra la sentencia indicada en el apartado anterior cabrá recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, que se substanciará por los trámites de la apelación regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil que por la cuantía corresponda. Una

vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del Código Penal y de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil.

10ª. La sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover juicio ordinario sobre la misma cuestión, en el cual considerarán hechos probados los hechos que el Juez de Menores ha estimado acreditados, así como la participación del menor.

11ª. En la pieza de responsabilidad civil no se precisa letrado ni procurador, pero, si fuere solicitado, se designará letrado de oficio al presunto responsable. Los representantes legales del menor podrán ser defendidos por el letrado designado al menor en el procedimiento principal, si así se aceptare por aquél”.

3. El examen de la presente cuestión de inconstitucionalidad debe iniciarse señalando, que, como advierte el Ministerio Fiscal, el contenido de algunas de las preguntas planteadas por el Juzgado de Menores constituyen, más bien, una genérica reflexión teórica sobre distintas hipótesis interpretativas o acerca de eventuales circunstancias cuya concurrencia en el caso concreto no se fundamenta, por lo que se ha de entender que no son nada más que recursos retóricos que sirven de argumentos de apoyo a la específica vulneración de los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 25.1 CE) alegada con base en la eventual imprecisión de las normas del procedimiento de substanciación de la pieza de responsabilidad civil.

4. Dicho esto, lo primero que hemos de analizar es si el planteamiento de la cuestión satisface los requisitos procesales contemplados en el art. 35.2 LOTC y en particular el relativo al juicio de relevancia, exigencia que precluirá la admisión cuando “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo” (STC 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2, citando a su vez la STC 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2).

Pues bien, comenzando por la duda relativa a la posibilidad de desistimiento del Fiscal sin control judicial en cuanto vulneradora del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), debe decirse que plantea una duda abstracta de inconstitucionalidad carente de relevancia para la resolución de la pieza de responsabilidad civil, tal y como esta pieza está configurada en la Ley 5/2000, dado que, precisamente, dicha pieza goza de absoluta autonomía respecto de la principal, esto es, respecto del expediente cuyo objeto es la

pretensión punitivo-educadora, tal como se desprende de los arts. 18 y 64 LORPM. Del carácter autónomo de ambas piezas, principal y de responsabilidad civil, deriva directamente que el cuestionamiento efectuado por el Juzgado de Menores respecto de la existencia de desistimiento sin control judicial carezca de relevancia a los efectos de la resolución de la pieza de responsabilidad civil, pues el resultado del enjuiciamiento de la pretensión de responsabilidad civil que se sustancia en dicha pieza no depende en absoluto de la eventual declaración de inconstitucionalidad del desistimiento del fiscal por carecer éste de control judicial, la cual tendría efectos exclusivamente en la responsabilidad penal de los menores, pero no en la eventual declaración de responsabilidad civil de los mismos.

Por las mismas razones debe inadmitirse la duda relativa a la posible vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la igualdad (art. 14 CE) por parte del art. 64.11 LORPM, al no exigir que las partes actúen con letrado y procurador, cuando en los procedimientos civiles ordinarios se requiere abogado y procurador para pleitos de cuantía superior a novecientos un euros. A este respecto, es carga procesal de quien planea la cuestión de constitucionalidad fundamentar en qué medida el precepto sobre el que se proyecta la duda es relevante para el caso concreto, no hallándose en el Auto del Juzgado de Menores concreción alguna acerca de la conexión causal que tal duda, genéricamente esbozada, pudiera tener para el sentido del fallo. Su formulación responde a un planteamiento abstracto, sin conexión alguna con el supuesto que fuera determinante para el fallo, por cuanto, tal como consta en las actuaciones, en el proceso subyacente los tres menores presuntos responsables acudieron asistidos de letrado, y los intereses del perjudicado en ningún caso han podido sufrir indefensión, toda vez que, según lo dispuesto en la misma Ley que se cuestiona, el Ministerio Fiscal actúa en defensa de los mismos, teniendo en cuenta además que en el presente caso el perjudicado no ejerció la acción civil.

5. Por el contrario, pueden tener relevancia para la resolución de la pieza de responsabilidad civil las dudas planteadas por el Juzgado de Menores sobre el art. 18, así como sobre los arts. 61.1 y 64, LORPM en cuanto obligan a la substanciación de la pieza de responsabilidad civil derivada de delito, sin que se haya declarado previamente la existencia del delito y la responsabilidad de una persona en él mediante una resolución judicial, ya que, ciertamente, es el propio art. 18 LORPM el que establece que la pieza de responsabilidad civil se tramitará “sin perjuicio” del ejercicio de la facultad de desistimiento por el Fiscal.

No obstante, esta cuestión ha de entenderse notoriamente infundada (art. 37.2 LOTC), de conformidad con los parámetros habituales de nuestra jurisprudencia y conforme a los cuales, dicha expresión encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (ATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1), de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; y 28/2002, de 26 de febrero, FJ 3, 269/2003, de 15 de julio, FJ 2).

En primer término, la asignación de competencia para el conocimiento de la responsabilidad civil a un Juzgado de carácter penal, pero específico como es el Juzgado de Menores, que es, además, el mismo órgano judicial competente para el conocimiento de la responsabilidad penal de los menores, en caso de que el Fiscal ejerza la acción de responsabilidad penal, no vulnera ni el principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE), ni los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE), pues, de dichos preceptos no deriva un contenido potencial indisponible entre jurisdicciones de distintos ordenes, ni la imposibilidad de que un órgano judicial penal conozca de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal. Por el contrario, es tradicional en nuestro sistema jurisdiccional que los órganos judiciales integrados en la Jurisdicción penal conozcan de la responsabilidad civil derivada del ilícito penal cometido por adultos, incluso aunque —por ausencia de culpabilidad— no se declare la responsabilidad penal.

En segundo término, que sea posible dicho conocimiento de la responsabilidad civil por el Juzgado de Menores, incluso cuando no se substancie la pieza principal ante él por haber desistido el Fiscal del ejercicio de la acción punitivo-educadora, no tiene como consecuencia la limitación de la cognición del órgano judicial respecto de la responsabilidad civil, pues el Juzgado de Menores debe determinar la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, la realización de un hecho que reviste los caracteres de ilícito penal y su

comisión o no por los menores, y el daño. Es más, la autonomía e independencia de la substanciación de la pieza de responsabilidad civil supone que, aun cuando se incoe el expediente principal, la pieza de responsabilidad civil se sustancia de forma paralela e independiente, siendo necesario, por ello, que en esta pieza tengan lugar las fases de audiencia, alegación y prueba, así como que en la Sentencia que se dicte se efectúe la declaración de la realización de hechos constitutivos de infracción penal, de la comisión del hecho por los menores y la determinación del daño; todo ello, se ha de insistir, siempre de forma independiente y autónoma respecto de lo efectuado en el expediente principal (arts. 61 y 64 LORPM). La substanciación de esta pieza se efectúa, además, garantizando los principios de contradicción y audiencia de las partes, y de la prohibición de indefensión, pues dichas reglas rigen en todo tipo de procesos, y específicamente en la configuración legal de esta pieza en el art. 64 LORPM. Por consiguiente, es notoriamente infundada la cuestión relativa a la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

6. Resulta también notoriamente infundada (art. 37.2 LOTC) la cuestión relativa a la vulneración del principio de imparcialidad del Fiscal, consagrado en el art. 124.2 CE, y con ello la del 24.2 CE, debida a que, según lo dispuesto en los arts. 61 y 64 LORPM, el Fiscal actúe en defensa del perjudicado. Se ha de recordar, en primer término, que la imparcialidad del art. 124.2 CE se refiere a la forma en que el Ministerio Fiscal “ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad” y no puede confundirse con la garantía de imparcialidad judicial anudada al derecho a un proceso con todas las garantías, que constituye un derecho reconocido en favor de los ciudadanos (ATC 460/1983, de 13 de noviembre).

De otra parte la imparcialidad del Fiscal constituye cuestión ajena a la asignación específica de una determinada competencia, en el caso para instar la acción civil en sustitución de los perjudicados. Como declaró este Tribunal en la STC 56/1994, de 24 de febrero (FJ 3), corresponde al legislador determinar cuáles sean los derechos de los ciudadanos y el interés público en cuya defensa ha de actuar el Ministerio Fiscal. La reparación de los daños causados por un hecho que podría ser constitutivo de infracción penal puede perfectamente calificarse de interés público, pues se trata de restablecer la situación fáctica alterada mediante la infracción del Ordenamiento, y, constituye una forma más de defender los derechos de los ciudadanos. De la configuración del ejercicio de la acción civil

por el Fiscal en los arts. 61 y 64 LORPM en absoluto deriva que el Fiscal actúe sujeto a las instrucciones de los perjudicados, con pérdida de su independencia e imparcialidad, pues la legitimación del Fiscal para dicho ejercicio tiene carácter subsidiario respecto de la de los perjudicados, tal como establece el art. 61.1 LORPM.

7. En un amplio bloque de argumentaciones el Juzgado de Menores aduce que los arts. 61 y 64 LORPM vulneran los principios de legalidad y seguridad jurídicas consagrados, en los arts. 9.3, 25.1, 24 y 117.3 CE porque, en su criterio, la regulación del procedimiento en el que se sustancia la pieza de responsabilidad civil es incompleta, genérica, imprecisa e indeterminada, de modo que generaría dudas y confusiones insuperables para sus destinatarios, siendo, por consiguiente, imprevisibles sus consecuencias. En este contexto, el Juzgado de Menores señala de forma individualizada ciertas omisiones y se pregunta de forma retórica sobre la hipotética solución frente a ciertas dudas interpretativas, conforme se ha expuesto con detalle en los antecedentes. Sin perjuicio de que, ciertamente, el derecho a la legalidad consagrado en el art. 25.1 CE tiene su ámbito de aplicación exclusiva respecto de normas sancionadoras (por todas SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3; 69/1983, de 26 de julio, FJ 4; 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9), y las normas impugnadas tienen carácter procesal, el núcleo de la duda de constitucionalidad suscitada, la inseguridad y falta de previsibilidad del procedimiento en el que se sustancia la pieza de responsabilidad civil, puede ubicarse en el art. 9.3 CE en su conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva y al proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE).

Ha de señalarse a este respecto que una de las garantías de todo proceso, que es, paralelamente, instrumento de la posibilidad de existencia de una tutela efectiva, reside en la predeterminación legal del mismo, cuya existencia garantiza, de un lado, que los ciudadanos conozcan con carácter previo a su substanciación los trámites procesales a través de los cuales pueden recabar dicha tutela, y en cuyo marco van a ejercer su derecho a la defensa de sus legítimos intereses; pues, en otro caso, la indeterminación del proceso puede convertirse en obstáculo insalvable al ejercicio del derecho de defensa, y a la obtención de la tutela que se recaba. Pero de otra parte, la predeterminación legal del proceso es presupuesto del ejercicio de la función jurisdiccional, dado que se ejerce bajo el imperio de la ley (arts. 117.1 CE) — material y procesal—. Por consiguiente, no es solo interés de los ciudadanos que las normas

procesales estén redactadas de forma que sea previsible el proceso, sino también de la propia Administración de Justicia.

Pues bien, no cabe afirmar que las disposiciones contenidas en los arts. 61 a 64 LORPM vulneren los principios de legalidad y seguridad jurídicas en relación con la predeterminación legal del proceso, pues en dichos preceptos se determinan los elementos esenciales de substanciación de la pieza de responsabilidad civil, y, de otra parte, dado que las disposiciones se integran en un sistema jurídico en cuyo marco se interpretan, las eventuales lagunas a las que de forma específica se refiere el Juzgado de Menores pueden colmarse con la aplicación de las leyes supletorias, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta las garantías procesales inherentes al derecho al proceso debido (art. 24.2 CE) y el principio que ha de regir este tipo de procedimientos, el interés del menor.

En virtud de todo lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

La inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad .

Madrid, a veintidos de junio de dos mil cinco

Centro de
Estudios
Jurídicos

6 STC 100/2006, de 30 de marzo de 2006

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1223/98, promovida por el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, en relación con el art. 15.1, reglas 7 (párrafo primero) y 9, de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de menores, en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por posible infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Han sido parte el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El 20 de marzo de 1998 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Magistrado-Juez titular del Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia al que se adjuntaba testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo núm. 290/97 y Auto de 12 de diciembre de 1997 por el que se acordaba plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 15.1, reglas 7 (párrafo primero) y 9, de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores (en adelante, LOJM), en la

redacción dada por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por posible infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

2. Del conjunto de las actuaciones remitidas por el órgano judicial proponente resulta que los hechos que dan lugar al planteamiento de la cuestión son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Con ocasión de la comparecencia de un menor en procedimiento incoado contra el mismo, el Fiscal Coordinador de Menores de Valencia requirió del Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia que planteara cuestión de inconstitucionalidad en relación con el vigente art. 15.1, reglas 7 y 9 LOJM, por entender que la posibilidad de que, a propuesta del Fiscal, el órgano judicial adopte la medida de amonestación sin apertura de audiencia es contraria al art. 24.2 CE y al art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

b) Mediante Auto de 6 de noviembre de 1997, el Juzgado, celebrada la comparecencia, acordó requerir al Ministerio público y al defensor del menor para que alegaran lo que estimaran pertinente sobre la conveniencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 15.1, reglas 7 (párrafo primero) y 9, LOJM, en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por posible infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

c) La defensa del menor atendió al requerimiento mediante escrito en el que escuetamente manifestaba su conformidad con el planteamiento de la cuestión. El Ministerio Fiscal, por su parte, insistió en las razones que le movieron en su momento a interesar el cuestionamiento de la normativa legal aplicable al caso. A su juicio, las reglas 7 y 9 del art. 15.1 LOJM posibilitan la imposición de una sanción sin audiencia previa, lo que iría en perjuicio del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Siendo cierto que la apertura de un juicio oral podría resultar más aflictiva para el menor que la simple imposición de la sanción de amonestación, no lo es menos que es necesaria una mínima actividad probatoria

para acreditar la culpabilidad, como se desprende del art. 40.2 b) de la Convención de los Derechos del Niño, de manera que la normativa cuestionada ni siquiera sería aceptable en los términos de las SSTC 36/1991 y 60/1995, que permiten que en el proceso de menores no se apliquen, en sus exactos términos, los principios que rigen los procesos contra adultos.

d) El Juzgado acordó elevar la cuestión de inconstitucionalidad por medio de Auto de 12 de diciembre de 1997.

3. Entiende el órgano judicial que la normativa cuestionada conculca el art. 24.2 de la Constitución, pues hace posible la imposición de una sanción sin necesidad de juicio contradictorio ni imputación formal de hechos punibles. En sus palabras, “pueden imponerse amonestaciones sin conformidad del menor, del que sólo se exige que pueda ser oído, privándole de la prueba de culpabilidad o inculpabilidad de su conducta”, sin que quepa “desconocer la importante trascendencia de la aceptación judicial del presupuesto fáctico de la medida de amonestación en una eventual reclamación de indemnización civil” (FJ 3 del Auto de planteamiento).

Se señala, de otro lado, “la posibilidad de que se imponga [...] una sanción al menor sin que sea preceptiva la asistencia letrada [...], puesto que, según establece la regla 6ª del art. 15.1 [...], la comparecencia podría celebrarse sin asistencia letrada, ya que ésta se configura como facultativa y no obligatoria [...], objeción [que] sólo se salva con la apertura de la audiencia, que determinaría necesariamente el nombramiento de Letrado al menor [...]” (ibid.).

4. Mediante providencia de 31 de marzo de 1998 la Sección Cuarta acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad y dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular alegaciones. Asimismo se acordó publicar la incoación del procedimiento en el Boletín Oficial del Estado, lo que se hizo en el núm. 85, de 9 de abril.

5. Por escrito registrado el 20 de abril de 1998, el Presidente del Congreso de los Diputados puso en conocimiento del Tribunal que la Cámara no se personaría en el

procedimiento ni formularía alegaciones, remitiendo a la Dirección de Estudios y Documentación de su Secretaría General.

6. El escrito de alegaciones del Abogado del Estado se registró en el Tribunal el 30 de abril de 1998. En él se sostiene, en primer término, que es dudoso que se satisfaga el requisito de la relevancia, pues la solución normativa cuestionada es una entre las varias que permite la Ley, algunas de las cuales contemplan la posibilidad de seguir el procedimiento, es decir, la solución que se seguiría en caso de estimarse esta cuestión.

En el presente caso, entiende el Abogado del Estado que se da la particularidad de que el Juzgado, por un lado, ha estimado aplicable la medida de amonestación sin necesidad de audiencia y, por otro, ha fundamentado su duda de constitucionalidad en la necesidad de que la audiencia se celebre. Ello supondría “una visible contradicción en las estimaciones: la medida de la amonestación sería procedente en el instante procedimental en que se plantea la cuestión [...]; o sea, antes de pasar a la fase plenaria o contradictoria” -por lo que también serían inadecuadas las otras alternativas contempladas en la regla 11 del art. 15 (audiencia, sobreseimiento, remisión a la autoridad administrativa-, “pero, por otro lado, se estima inadecuada la medida de amonestación porque se juzga constitucionalmente exigible la celebración del trámite de audiencia en evitación de una resolución judicial arbitraria”.

Para el Abogado del Estado, “la contradicción es tanto más patente cuanto que la medida de amonestación no es sino una alternativa confiada a la libre apreciación del juzgador [...]. No es que el juzgador resulte vinculado por la petición del Ministerio Fiscal, tras el trámite de la comparecencia, sino que puede adoptar esa medida y en ese momento procesal ‘si procediese’ (art. 15.7) o ‘que proceda’ (art. 15.9)”. Más aún, nada impide que, abierto el trámite de audiencia, se resuelva la aplicación de la medida de amonestación. El último párrafo de la regla 7 “sugiere que la conclusión del procedimiento en la fase intermedia, tras la comparecencia, sólo debe hacerse cuando los hechos o circunstancias estén debidamente esclarecidos. La amonestación y su singularidad temporal en el procedimiento es, pues, una posibilidad eventual y condicionada; si los hechos no estuvieran esclarecidos debe proseguirse con la tramitación del expediente. En caso contrario se arbitra un dispensa de la fase final del procedimiento, pero no se prescribe imperativamente una exclusión de la misma”. En consecuencia -continúa el escrito de alegaciones- hay que pensar que el Juzgado ha entendido que, por estar debidamente esclarecidos los hechos, no era necesario pasar a la

siguiente fase del procedimiento, pues sólo así se justificaría que la cuestionada fuera la norma aplicable. De entender necesario el trámite de audiencia, nada le impedía seguir el procedimiento abriendo el oportuno trámite.

También cabría, sin embargo, entender que el Juzgado está convencido de la inutilidad de la audiencia, “pero a causa de un escrúpulo puramente objetivo, propiciador de las garantías máximas de depuración de los hechos y de contradicción procesal, doblega sus convicciones a favor de la secuencia -aunque sea rutinaria- de tales garantías”. Sin embargo, aun en esa hipótesis habría que preguntarse por qué no se ha seguido adelante con el procedimiento, de manera que la cuestión “no se plantearía por las necesidades del caso, porque la respuesta de la inconstitucionalidad de la norma no llevaría al Juez proponente a una solución distinta de la que habría obtenido de seguir el procedimiento en lugar de paralizarlo al plantear la cuestión”.

Por todo ello, el Abogado del Estado entiende que “la finalidad de la cuestión se ciñe a su puro planteamiento, porque la medida de amonestación se estima inadecuada en el momento procesal en el que se inserta y por lo tanto no aplicable la norma legal que le da cobertura. La incidencia de los preceptos cuestionados en el caso concreto es, pues, puramente lateral o adjetiva, motivada por la petición expresa del Ministerio Fiscal, pero no derivada de un juicio decidido y unívoco de que haya de ser esa norma la llamada a resolver el fondo del asunto”. Y examinada la petición del Ministerio público, todo parece indicar que, en realidad, la duda de constitucionalidad no resulta de la necesidad de adoptar una medida, sino que la medida se interesa con el exclusivo fin de plantear una cuestión. Se trataría, por tanto, de una cuestión de inconstitucionalidad de carácter abstracto. Carácter que también se pondría de manifiesto desde el punto de vista del art. 35.2 LOTC, dado que se ha excusado el trámite de oír al menor recogido en el art. 15. 9 LOJM y sólo se ha oído a su defensor. Para el Abogado del Estado, la intervención personal del menor prevista en ese precepto no es superflua, pues le permite expresar su parecer sobre la medida y contribuir al esclarecimiento de los hechos.

En definitiva, el Abogado del Estado concluye que el juicio de relevancia ha de ser negativo, siendo innecesario el planteamiento de la cuestión -puramente abstracta- para la economía del caso.

En cuanto al fondo de la cuestión, el Abogado del Estado alega que se trata de determinar si la amonestación puede ser considerada como una sanción penal, entendiendo

que la aplicación al proceso de menores de las garantías propias del proceso penal, tal como exige la STC 36/1991, sólo cabe en la medida en que nos encontremos ante verdaderas sanciones, no cuando se trate de “medidas orientadas a la reinserción del menor o, más simplemente, a la exhortación o advertencia”. De acuerdo con la Ley, la amonestación no es formalmente una sanción, sino una medida de carácter indeterminado, “de tal modo que tanto podría caber en la misma un severísimo denuesto como una lista de consejos paternales”. Ahora bien, el hecho de que el legislador no haya considerado necesario instituir para esa medida el mismo procedimiento que prescribe para las sanciones debería conducir a una de estas dos conclusiones: que la amonestación tolera toda clase de reproches, incluidos los que se funden en la comisión de un hecho punible, sin que ello alcance a conferirle el carácter de sanción ni impida que se imponga antes de la fase contradictoria, o que la amonestación con reproche pierde su carácter propio y sólo puede aplicarse tras la fase contradictoria. Dadas las diferencias semánticas entre “amonestación” y “reprensión”, aquélla no implica en sí misma “un reproche moral o jurídico, siendo su sentido primario el de una exhortación hacia el buen obrar, haciendo presente lo indeseable o los inconvenientes de las infracciones de la ley. No será por ello una sanción, sino una medida pedagógica dirigida al menor encausado”.

Ni del Auto de planteamiento ni de la petición del Ministerio público puede deducirse cuál era el contenido de la amonestación propuesta. Tanto podría tratarse de un consejo o exhortación ante conductas no delictivas como de una amonestación basada en la convicción judicial de que el menor ha infringido la ley penal, preguntándose el Abogado del Estado si en este último supuesto habría de tenerse por lesionada la presunción de inocencia del menor. Para el representante del Estado, una respuesta afirmativa “sólo puede fundarse en hacer supuesto de la cuestión, atribuyendo a la medida de amonestación un carácter sancionador por el solo hecho de fundarse en una infracción de la ley penal”, de lo que se seguiría que sería sanción penal toda consecuencia derivada de la comisión de un hecho punible; también, por tanto, la responsabilidad civil derivada de un delito.

A juicio del Abogado del Estado, en el fondo de la cuestión late la idea de que la legislación de menores no puede albergar medidas tuitivas en beneficio de los menores, en las que el Juzgado parece sospechar reminiscencias del sistema tutelar contrario al principio de legalidad. Este planteamiento, sin embargo, no se ajusta al espíritu de la legalidad vigente, en la que las medidas de corrección y de protección alcanzan un grado máximo de indiferenciación, por más que puedan identificarse algunas como restrictivas de libertad y, por

tanto, como verdaderas sanciones, bien sean ocasionales o aisladas, como los internamientos breves, bien sean duraderas, como la libertad vigilada. Ciertamente -continúa el escrito de alegaciones-, en un sistema puramente punitivo una simple exhortación a la buena conducta que traiga causa de la afirmación de que se ha cometido un delito sería difícilmente justificable, sobre todo si se traslada el esquema de la antigua pena de reprensión a la amonestación prevista en la legislación de menores vigente. Traslación que tendría que pasar por tres operaciones con escasa base positiva: a) Partir de una pena (la reprensión) que ya no existe; b) Identificar la reprensión con la amonestación; y, c) Negar al sistema de enjuiciamiento de menores toda finalidad protectora o tuitiva y vertebrarlo como exclusivamente punitivo. En suma: la amonestación es una medida que en las normas cuestionadas no asume un contenido preciso o predeterminado, por más que su significado semántico lo aproxime más a la advertencia que a la censura o al reproche.

La amonestación, concluye el Abogado del Estado, se inscribe más bien en el ámbito de las medidas no sancionadoras ideadas en este procedimiento en beneficio y protección del menor, para casos en los que resulta improcedente la fase contradictoria, no tanto porque la celebración de una audiencia sea más gravosa para el menor, cuanto porque la amonestación no asumirá normalmente un carácter de sanción. Con ello, afirma el Abogado del Estado, no se quiere excluir la hipótesis de que determinadas amonestaciones puedan tener en algún caso un componente aflictivo, por basarse en un hecho delictivo y contener en su exteriorización un reproche, pero tampoco del contenido aflictivo de una medida podría deducirse sin más un efecto sancionador. En último extremo, y en casos difícilmente imaginables, podría entenderse que la amonestación se convierte en una reprensión. La licitud de la medida derivaría de la atipicidad de las medidas correctoras que la ley admite, pero no excusaría que se siguieran los trámites que imponen las garantías de un procedimiento punitivo. Sin embargo, en ese caso no estaríamos ante las reglas cuestionadas, que sólo serían aplicables para encarnar una medida de protección.

Por lo expuesto, el Abogado del Estado interesa que se dicte Sentencia por la que se declare improcedente la presente cuestión o, en su caso, la plena conformidad constitucional de los preceptos cuestionados.

7. Mediante escrito registrado el 24 de abril de 1998 el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado darse por personada y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

8. El Fiscal General del Estado presentó sus alegaciones el 30 de abril de 1998. Tras referir las circunstancias del supuesto planteado en el proceso a quo y los términos en los que el órgano judicial ha fundamentado su duda de constitucionalidad, el Fiscal General del Estado se centra en el examen de la relevancia de la cuestión, alegando la posible improcedencia de su planteamiento en relación con la regla 9 del art. 15 LOJM, por no ser aplicable al caso. De la interpretación conjunta de las reglas 7, 8 y 9 del referido precepto se deduce que, por lo que hace al Ministerio público, son dos las opciones que le caben, una vez verificada la comparecencia: a) Si estima que los hechos o las circunstancias del menor están claros, puede solicitar en el mismo acto de la comparecencia la aplicación de la medida de amonestación, lo que, de aceptarse por el Juez, supone la finalización de todo el trámite; b) De considerar necesario el esclarecimiento de los hechos o circunstancias, puede interesar la continuación del expediente y, una vez finalizado, remitir escrito de alegaciones en el que ha de interesarse alguna de las posibilidades previstas en la regla 8ª, entre las que figura la medida de amonestación, vinculando al Juez a dictar lo que proceda, después de oír al menor.

En el caso de autos, el Ministerio Fiscal optó por la primera de las posibilidades, lo que convierte en irrelevante la regla 9. Por el contrario, la aplicabilidad de la regla 7 es manifiesta, y respecto de la misma se satisfacen los rigores necesarios del juicio de relevancia. Con todo, el Fiscal General del Estado advierte de que, de estimarse que esa regla es inconstitucional, podría darse la paradoja de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de la repetida regla 7, párrafo 1, y, en cambio, por falta del presupuesto procesal de la relevancia, deje subsistente la regla 9, que permite, asimismo, un pronunciamiento de fondo semejante al anterior (imposición de la medida de amonestación) sin necesidad de audiencia. Por ello, entiende el Fiscal General del Estado que, como se hizo en el caso de la STC 36/1991, habría que entender que el verdadero objeto material de esta cuestión radica en determinar si es o no conforme con el derecho a la presunción de inocencia la posibilidad de que, en dos momentos procesales distintos localizados en la denominada “fase intermedia” (STC 60/1995) del procedimiento de menores, pueda dictarse una resolución judicial que imponga una medida correctora sin haberse procedido a la apertura de la audiencia y sin que el órgano judicial haya

desplegado formalmente una actividad probatoria de cargo. Así las cosas, entiende el Fiscal General del Estado que procedería un pronunciamiento de fondo sobre las dos disposiciones cuestionadas.

En relación con el fondo del asunto, el escrito de alegaciones se detiene en el examen de la jurisprudencia constitucional a propósito de la reforma de menores (SSTC 71/1990, 36/1991 y 60/1995; AATC 473/1987 y 952/1988), que exige, con algunas diferencias, el cumplimiento del conjunto de garantías propias del proceso penal. Por lo que hace específicamente al derecho a la presunción de inocencia, el art. 40.2 b) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño exige de manera expresa su reconocimiento a todos los Estados signatarios, proclamándose con rotundidad su vigencia en el procedimiento de reforma de menores en la STC 211/1993.

Atendida esa doctrina, el Fiscal General del Estado pasa a examinar si los preceptos cuestionados cumplen con las exigencias de garantía de aquel derecho fundamental. Dichos preceptos se insertan en un procedimiento en el que, una vez superada la fase inicial de investigación de los hechos y determinación de los presuntos partícipes, confiada al Ministerio público, se abre una fase intermedia cuya responsabilidad compete ya al órgano judicial. Al trámite inicial de comparecencia, que no forma parte propiamente del plenario, han de concurrir, además del Ministerio Fiscal y el equipo técnico que haya elaborado el informe del perfil psicológico y social del menor, el propio menor, su representante legal y el letrado que haya designado, y su objeto es verificar si se dispone del acervo suficiente para acordar la audiencia posterior. Ahora bien, en este trámite preliminar puede concluirse el expediente mediante la adopción por el Juez de una medida de amonestación. Y es precisamente esta posibilidad la que se cuestiona, partiendo de un planteamiento puramente formal: si la actividad probatoria sólo puede alcanzar efectividad en el plenario, todo lo actuado con anterioridad, incluida la comparecencia ante el Juez, no alcanza procesalmente la virtualidad de un medio probatorio y, por tanto, se dicta una resolución sancionadora sin haber desplegado una mínima actividad de prueba, porque en la comparecencia no se permite la aportación de elementos de prueba al menor.

Ante este planteamiento -continúa el Fiscal General del Estado-, se impone determinar si es posible admitir otro que permita concluir con un juicio de conformidad constitucional. Para ello ha de tenerse presente que nos hallamos ante un proceso de caracteres singulares, en el que siempre ha de partirse del interés del menor como criterio básico de valoración;

también para juzgar sobre el respeto a los derechos fundamentales. En este sentido, la regla 7 establece una serie de requisitos formales que operan como verdaderos presupuestos de garantía de los principios informadores del proceso penal. En primer lugar, se preserva el derecho a ser oído ante el Juez que, en su caso, será el encargado de celebrar posteriormente la audiencia; derecho de audiencia y contradicción que, además, se garantiza con la presencia del representante legal del menor y con asistencia letrada, libre o de oficio. En segundo término, se permite la realización de determinados actos procesales, tales como la exploración del menor y la práctica de una verdadera pericia, en términos que garantizan derechos básicos del proceso penal (Juez imparcial, contradicción, derecho a no declarar contra sí mismo, asistencia letrada). No se trata, por tanto, del simple enunciado de diligencias instructoras; de un lado, porque no se verifican en la fase de instrucción; además, porque se realizan ante el órgano judicial de enjuiciamiento; por último, porque se practican con todas las garantías propias de lo que vendría a ser una auténtica prueba preconstituida. En tercer lugar, y finalmente, tampoco puede obviarse la existencia de un conjunto de garantías que operan como filtro procesal a la imposición de la medida correctora: necesidad de que los hechos o las circunstancias del menor hayan quedado esclarecidos; que el Ministerio Fiscal (garante del interés público y del interés del menor) haya apreciado esas circunstancias y las tenga por merecedoras de corrección; que el órgano judicial opte, entre varias posibilidades, por la imposición de la medida. De lo anterior se deduce, para el Fiscal General del Estado, que el legislador se ha inspirado en criterios de proporcionalidad y ha ponderado la entidad de los hechos delictivos y el interés del menor, limitando al mínimo imprescindible la injerencia del poder público, permitiendo que la medida correctora más leve pueda imponerse sin necesidad de reproducir en un segundo acto lo ya realizado, con garantías suficientes, en la primera fase.

En cuanto a la imposibilidad de aportar medios de prueba en el trámite de comparecencia, entiende el Fiscal General que en realidad estamos ante una fase de cognición limitada, que presenta la peculiaridad de que los medios para acreditar los hechos o las circunstancias del menor se limitan a los expresamente citados, sin que puedan extenderse a otros como pudieran ser las testificales o la aportación de documentos. No es, pues, que no exista actividad probatoria, sino que la verificable en esta fase está limitada por razón de la propia singularidad del procedimiento.

El Fiscal General del Estado no advierte, por tanto, tacha alguna de inconstitucionalidad en las normas cuestionadas. El supuesto hipotético de la imposición de

una medida de amonestación a un menor que, una vez oído, no hubiera reconocido su participación en los hechos y manifestado su conformidad con la medida, no generaría una problemática constitucional derivada del procedimiento en sí, sino que más bien podría implicar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la aplicación del mismo, derivada, tal vez, de una interpretación no conforme con ese derecho de los requisitos legales establecidos.

Por lo expuesto, el Fiscal General del Estado interesa que se dicte Sentencia desestimatoria de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

9. Mediante providencia de 28 de marzo de 2006, se señaló para votación y fallo de la presente Sentencia el día 30 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia cuestiona la constitucionalidad de las reglas 7 (párrafo primero) y 9 del art. 15.1 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores (LOJM), en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por posible infracción del art. 24.2 de la Constitución y del art. 40.2 b), apartado i, de la Convención de los derechos del niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo es necesario resolver una primera duda de orden procesal planteada por el Abogado del Estado, a cuyo juicio no se satisfacen las exigencias del denominado juicio de relevancia, toda vez que la normativa aplicable al caso permite con naturalidad la resolución del proceso a quo en los mismos términos que se impondrían en el caso de que se dictara una Sentencia estimatoria de la cuestión. También para el Abogado del Estado, la presente sería una cuestión de inconstitucionalidad de carácter abstracto y, por tanto, conceptualmente imposible-, pues no se buscaría tanto resolver una duda suscitada con ocasión de la obligada aplicación de una norma legal, cuanto forzar de manera artificiosa esa aplicación con el solo objetivo de propiciar un pronunciamiento de este Tribunal.

El planteamiento de la presente cuestión es ciertamente paradójico. El órgano judicial entiende que la medida de amonestación no puede imponerse en ningún caso sin un trámite de

audiencia; trámite por el que puede perfectamente optar en virtud, justamente, de la propia regla 7 que aquí cuestiona. En efecto, dicha regla permite que el Juez amoneste al menor en la fase de comparecencia que tiene lugar durante la tramitación del expediente o que, concluido el expediente, le imponga esa misma medida tras la celebración de una audiencia. La regla 7 del art. 15.1 LOJM hace posible, ciertamente, que el Juez acuerde, inter alia, la celebración de una audiencia, de manera que está en su mano evitar el efecto -inconstitucional, en opinión del Juzgado proponente- de la imposición de una medida de amonestación sin apurar previamente ese trámite. El expediente puede también concluir sin que se adopte ninguna de las decisiones referidas en la regla 7, supuesto en el cual el Ministerio público, por así disponerlo la regla 8, debe elevar al Juzgado, con el expediente, un escrito de alegaciones en el que ha de solicitar la adopción de alguna de las medidas ya contempladas en la regla 7. Y de conformidad con la regla 9, también cuestionada, si la medida solicitada por el Fiscal es la de amonestación, “el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda”, siendo evidente que el Juez puede denegar la medida interesada por el Ministerio público y, por tanto, ordenar el trámite de audiencia. En definitiva, pues, y como alega el Abogado del Estado, el órgano judicial puede perfectamente alcanzar por sí mismo el resultado que, de estimarse su cuestión, se seguiría de la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuyo juicio nos demanda.

2. De acuerdo con nuestra muy reiterada doctrina, “es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, en principio, corresponde comprobar y exteriorizar la existencia del llamado juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso a quo, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad y evitar que los órganos judiciales puedan transferir al Tribunal Constitucional la decisión de litigios que pueden ser resueltos sin acudir a las facultades que este Tribunal tiene para excluir del ordenamiento las normas inconstitucionales

[SSTC 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4 a); 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 203/1998, de 15 de octubre, FJ 2; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2; y 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2]” (STC 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 2).

En el presente caso, el sistema normativo en el que se insertan los preceptos cuestionados permite que el órgano judicial celebre en todo caso la audiencia que, en el sentir del Juzgado proponente, es inexcusable para la mejor garantía de los derechos del menor. Respecto a la cláusula 9 el término debe entenderse con carácter potestativo y por tanto el Juez puede decidir libremente si abre o no el trámite de audiencia. Así las cosas, cuestionar la constitucionalidad de la regla 7 del art. 15.1 LOJM (redactado por la Ley Orgánica 4/1992) cuando no se está en la obligación de aplicarla es tanto como hacer de la cuestión un instrumento de control abstracto de la constitucionalidad de la ley, desligado por completo de las necesidades del caso concreto de cuya resolución se trata en el proceso a quo. En palabras de uno de nuestros primeros pronunciamientos, la cuestión de inconstitucionalidad “no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución” (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). El sometimiento del Juzgado de Menores a la Ley Orgánica 4/1992 no se traduce necesariamente en una contradicción de la legalidad con la Constitución que sólo pueda superarse con una inaplicación de la ley que al Juez le está, por definición, prohibida si trae causa de un juicio de inconstitucionalidad. Sin desvincularse de la legalidad a la que se debe, el Juzgado de acuerdo con la regla 9 del art. 15.1 LOJM puede celebrar la audiencia que considera inexcusable, y no precisa, por ello, ser dispensado de la aplicación de la regla 7 del art. 15.1 por medio de un pronunciamiento de inconstitucionalidad.

El Juzgado puede entender que la posibilidad que, como alternativa, también admite la Ley es en sí misma contraria a la Constitución. Sin embargo, en la medida en que dicha alternativa no le es insuperable, resulta del todo irrelevante a los efectos de dar solución al supuesto concreto planteado en el proceso judicial del que está efectivamente conociendo, de manera que, desconectada del asunto sobre el que ha de ejercer la jurisdicción, su duda de constitucionalidad adquiere una dimensión abstracta que es por completo ajena al procedimiento previsto en el art. 163 CE y que, en definitiva, se erige en obstáculo procesal para un pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal.

En todo caso, el hecho de que la Ley permita la adopción de la medida examinada sin la necesaria celebración de un trámite que sí ha de observarse para la imposición de otras medidas de evidente contenido sancionador, debe llevar a los órganos judiciales a la conclusión de que aquélla sólo puede tener una clara dimensión educativa y admonitoria, como coinciden en afirmar tanto el Fiscal General como el Abogado del Estado y no deja de deducirse de los propios razonamientos del Juzgado proponente. Su contenido, en definitiva, viene así confirmado por las características del procedimiento mediante el cual puede acordarse su imposición.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a treinta de marzo de dos mil seis.

Centro de
Estudios
Jurídicos

7 Auto	33/2009
Fecha	de 27 de enero de 2009
Sala	Pleno
Magistrados	Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.
Núm. de registro	7052-2008
Asunto	Cuestión de inconstitucionalidad 7052-2008
Fallo	Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

AUTO

I. Antecedentes

1. El 22 de septiembre de 2008 se registró en este Tribunal Constitucional un escrito de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona, al que se acompaña Auto del mismo órgano jurisdiccional de 12 de septiembre, por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, por posible infracción del art. 9.3 CE.

2. La presente cuestión de inconstitucionalidad trae causa del recurso de apelación interpuesto por la representación del menor afectado por la ejecutoria 123-2007 del Juez de Menores núm. 2 de Barcelona. Este órgano judicial acordó, mediante Auto de 26 de marzo de 2008, sustituir la medida originariamente impuesta al menor, consistente en un año de libertad vigilada, por el internamiento en régimen semiabierto durante todo el tiempo que queda hasta el cumplimiento de la medida, en aplicación de lo dispuesto en el art. 50.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor. El Ministerio Fiscal se opuso a la apelación, elevándose los autos a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona para la sustanciación del recurso.

Por providencia de 27 de mayo de 2008 la citada Sección dio traslado a las partes personadas para que “hagan las alegaciones que tengan por convenientes respecto a la posibilidad de promover cuestión de inconstitucionalidad del artículo 51 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor, por si puede contravenir lo que disponen los artículos 9.3, 24 y 25 del texto constitucional”, apuntando una eventual violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal por la posibilidad de sustituir el pronunciamiento contenido en una Sentencia firme en fase de ejecución de la misma. El recurrente en apelación se mostró favorable al planteamiento de la cuestión, en tanto que el Ministerio Fiscal manifestó su opinión contraria al respecto.

Finalmente el 14 de julio de 2008 se dictó Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

3. La parte argumentativa del Auto de planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad se abre identificando como precepto de cuya constitucionalidad se duda “el artículo 51.1 de la Ley de responsabilidad penal de los menores de edad”, señalándose que la previsión contenida en este precepto “debe ponerse en relación con el artículo anterior de la propia Ley” y con el art. 13 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor.

Para el órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad la posibilidad de imponer una medida más grave que la acordada en Sentencia durante la ejecución de ésta vulnera el principio de seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva. En su opinión las peculiaridades de la legislación de menores “no pueden justificar la imposición de una privación de libertad sino en el correspondiente juicio (en este caso en la audiencia)”. Una tesis que se sustenta sobre la doctrina establecida en la STC 36/1991, donde, al resolverse distintas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en relación con la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, subraya este Tribunal Constitucional la plena vigencia de las garantías del art. 24 CE en el proceso de menores y hace hincapié en que la singularidad de la legislación penal de menores “en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas”. Por su parte en la STC 234/2007 se declaró la imposibilidad de imponer la responsabilidad personal subsidiaria en ejecución de Sentencia no prevista en la Sentencia condenatoria, ya que, al tratarse de una pena privativa de libertad, ha de anticiparse en esta resolución judicial, pues de lo contrario se

quebrantaría el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Las razones ahora sintetizadas conducen a la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona a plantear cuestión de inconstitucionalidad “por si el artículo 50.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores de edad es contrario a lo que disponen los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución”.

4. Por providencia de 30 de septiembre de 2008 la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuere notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones el 11 de noviembre de 2008, interesando la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender que resulta notoriamente infundada.

a) Con respecto al cumplimiento de los requisitos procesales señala el Fiscal General del Estado la existencia de una discordancia respecto del objeto de dicha cuestión entre la providencia dando traslado a las partes a los efectos del art. 35.2 LOTC (que hace referencia al art. 51.1 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor) y el posterior Auto de planteamiento (donde se identifica como tal el art. 50.2 del mismo texto legal). Por si ello fuera poco recuerda que los razonamientos jurídicos del Auto de planteamiento se refieren al primero de los preceptos mencionados y no al segundo, que es el finalmente cuestionado. Ello no obstante entiende que la aplicación al caso de la doctrina establecida en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 2, permite descartar la concurrencia del óbice procesal al que apuntaba la providencia de la Sección Cuarta de este Tribunal Constitucional de 30 de septiembre de 2008, pues el errático planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no implicó confusión en cuanto al problema concretamente sometido al debate de las partes personadas y del Ministerio Fiscal, habida cuenta de la sustancial identidad de contenidos normativos de los dos preceptos mencionados en distintos momentos por el órgano judicial promotor de la cuestión y de la evidente posibilidad de referir a ambos la duda de

constitucionalidad que se suscita por dicho órgano jurisdiccional, “debiendo entenderse como cuestionado el art. 50.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor”.

b) Sobre el fondo de la cuestión, y tras dar recordar que el órgano judicial duda de la conformidad del art. 50.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor (LORPM) con los arts. 9.3 y 24.2 CE, señala el Fiscal General del Estado que “nada se argumenta respecto de este último precepto, por lo que debe entenderse como notoriamente infundada en este punto la presente cuestión de inconstitucionalidad”.

Por lo que atañe al art. 9.3 CE, y una vez sintetizados los argumentos empleados por el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, el Fiscal General del Estado afirma que la tesis defendida por la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona “no es de recibo por cuanto el Auto parece no querer reconocer el carácter y naturaleza especial de la normativa de menores en la que las específicas finalidades de la misma han llevado al legislador a configurarla en un todo de manera diferente a la de adultos”. Para ilustrar esta aseveración se reproducen algunos pasajes de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 13 de enero, de responsabilidad penal del menor.

A continuación subraya el Fiscal General del Estado que de la lectura del precepto legal cuestionado a la luz de los principios inspiradores de la normativa reguladora de la responsabilidad penal del menor “no se desprende ... una quiebra del principio de seguridad jurídica, pues la medida, que no pena, impuesta al menor tiene un sentido no absoluto, como la tiene en el proceso de adultos, lo que restringe su modificación en ejecución de condena, digamos de paso que el Auto de planteamiento apunta más a una relación con el principio de legalidad (art. 25.1) o al derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) que al principio de seguridad jurídica, que es más bien una de las ratios [sic] de esos dos derechos fundamentales”. A mayor abundamiento indica que las dos Sentencias de este Tribunal Constitucional que se citan en el Auto de planteamiento poco tienen que ver con la cuestión planteada. La STC 234/2007, de 5 de noviembre, se refiere a una pena en un proceso de adultos, en tanto que la STC 36/1991, de 14 de febrero, contiene una doctrina que no resulta contradicha por el art. 50.2 LORPM, ya que la modificación de la medida se adopta mediante un procedimiento en el que se valoran hechos y circunstancias nuevas y previa audiencia de cuantos intervienen en el proceso continuo y flexible de seguimiento de la medida impuesta al menor infractor.

Por todo ello el Fiscal General del Estado interesa que se dicte Auto inadmitiendo a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundada.

II. Fundamentos jurídicos

1. Según se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 50.2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor (LORPM), por posible infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución. Esta cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida a trámite por las razones que seguidamente se exponen.

2. Al igual que respecto de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6502-2008, planteada igualmente por la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona en relación con el art. 50.2 LORPM, debemos comenzar poniendo de manifiesto la defectuosa realización del trámite de audiencia a las partes personadas y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC. Acerca de este trámite hemos recordado, entre otros, en los AATC 47/2004, de 10 de febrero, y 202/2007, de 27 de marzo, que con él, no sólo se asegura la intervención de dichas partes y del Ministerio Fiscal con carácter previo a la posible adopción de una decisión judicial de tanta entidad como es la apertura de un proceso constitucional, sino que, además, pone a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer, con rigor, la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. Por ello dijimos en el ya citado ATC 202/2007, de 27 de marzo, entonces con cita del ATC 295/2006, de 26 de julio, FJ 2, que “la importancia de la audiencia del art. 35.2 LOTC no puede minimizarse reduciéndola a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideren vulneradas” (FJ 2).

En el presente caso el órgano judicial promotor de la cuestión de inconstitucionalidad no ha satisfecho adecuadamente la carga que sobre él pesa de facilitar la adecuada audiencia

de las partes personadas y del Ministerio Fiscal. En efecto, en la providencia de 27 de mayo de 2008 dicha audiencia se confiere para que aquéllos aleguen “respecto de la posibilidad de promover cuestión de inconstitucionalidad del artículo 51.1 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores de edad, por si puede contravenir lo que disponen los artículos 9.3, 24 y 25 del texto al suponer una violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad penal, en relación con la posibilidad de imponer una medida de mayor gravedad que la impuesta en la Sentencia que es objeto de ejecución”, y así se reseña en el hecho segundo del Auto de planteamiento de la cuestión de 12 de septiembre de 2008. A mayor abundamiento la parte argumentativa de dicho Auto comienza haciendo referencia al art. 51.1 LORPM para luego concluir afirmando la aplicabilidad del art. 50.2 del mismo texto legal, al que expresamente se identifica en la parte dispositiva como precepto legal respecto del que se plantea cuestión de inconstitucionalidad.

Para el Fiscal General del Estado las variaciones en la identificación del objeto de la cuestión de inconstitucionalidad no deben conducir inexorablemente a la inadmisión de la misma por falta de los requisitos procesales, pues, aplicando a este supuesto los criterios de la STC 296/1994, de 10 de noviembre, FJ 2, nos hallaríamos, según su propia expresión, ante un “errático planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad” que, sin embargo, “no debe considerarse decisivo si no introduce confusión acerca del problema sometido a debate”. Como quiera que la literalidad de los arts. 50.2 y 51.1 LORPM es sustancialmente coincidente tal confusión no existiría y no se habría impedido a las partes el efectivo ejercicio de su derecho de audiencia en el trámite previsto por el art. 35.2 LOTC.

En respuesta a los argumentos expuestos por el Fiscal General del Estado debemos comenzar observando que los defectos padecidos en la identificación de los preceptos constitucionales por el órgano judicial promotor de las cuestiones resueltas, previa acumulación, en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, podían considerarse sin mayor esfuerzo argumental simples errores materiales, entonces de tipo mecanográfico. Así debe recordarse que en los procesos judiciales de los que trajeron causa aquellas cuestiones se sustanciaban diferentes recursos contencioso-administrativos contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña recaídas en expedientes de impugnación de autoliquidaciones de recargo sobre la tasa de juego creada por la Ley del Parlamento de Cataluña 2/1987, de 5 de enero. En las providencias de apertura del trámite de audiencia el órgano judicial había citado el art. 133.2 CE, en tanto que la argumentación jurídica de los

Autos se refirió al art. 133.1 y 2 CE y en la parte dispositiva hizo mención del art. 131.1 y 2 CE; permaneciendo invariable la alusión al art. 157.1 CE. Pues bien, atendiendo al diferente contenido normativo de los preceptos constitucionales citados y al objeto específico de los procesos contencioso-administrativos (que no guardaban relación directa con la función estatal de planificación general de la economía contemplada en el art. 131 CE), concluimos entonces que “esa errática designación [de los preceptos constitucionales eventualmente infringidos por el precepto legal cuestionado] en modo alguno introdujo confusión acerca de cuáles eran los correctos términos en que se planteaba la duda de inconstitucionalidad y que, en este punto, el precepto constitucional afectado, además del 157.1, era el 133.1 y 2, sin que la omisión de cita de alguno de esos dos números o la mención del 131.1 y 2 —que no guarda la más mínima relación con el problema planteado— pudiera imputarse a causa distinta del simple error mecanográfico totalmente intrascendente” (FJ 2).

Como bien puede apreciarse, en la STC 296/1994, de 10 de noviembre, el error padecido no había afectado al precepto legal de cuya constitucionalidad dudaba el órgano judicial promotor de las distintas cuestiones ni, salvada la ausencia de mención al apartado primero del art. 133 CE, se había deslizado en la providencia de apertura del trámite de audiencia a las partes personadas y el Ministerio Fiscal. Ese error afectaba, exclusivamente (y siempre a salvo la mención del art. 133.1 CE) a la inteligencia del Auto de planteamiento de la cuestión, dirigido únicamente a este Tribunal Constitucional y no a los sujetos relacionados en el art. 35.2 LOTC, de suerte que éstos pudieron evacuar el trámite conferido sin merma alguna de la efectividad de sus alegaciones. Lo que aquí no ha sucedido, dado que el precepto legal sometido a la consideración de las partes fue el art. 51.1 LORPM, planteándose finalmente cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 50.2 LORPM.

A este respecto debemos señalar que en el referido trámite de audiencia la representación procesal del menor ciñó sus alegaciones al art. 51.1 LORPM, poniendo en cuestión su aplicabilidad al caso concreto a la vista de lo previsto en la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores. También el Ministerio Fiscal centró sus alegaciones en el art. 51.1 LORPM.

Por otra parte tampoco la identidad sustancial del contenido normativo de ambos preceptos a la que alude el Fiscal General del Estado permite compartir las conclusiones defendidas sobre la adecuada realización del trámite de audiencia establecido en el art. 35.2

LOT. En relación a ello interesa recordar que, de acuerdo con el art. 51.1 LORPM, no afectado en sus términos esenciales por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de modificación de la LORPM, “durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquéllas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el 13 de la presente Ley”.

La lectura del precepto legal ahora reproducido pone de manifiesto la no coincidencia de los dos preceptos de la Ley que nos ocupan, puesto que el principio de flexibilidad de la medida plasmado en el art. 51.1 (en coincidencia, por lo demás, con el art. 13 de la misma Ley Orgánica) se predica “sin perjuicio de lo dispuesto” en el art. 50.2, que regula la sustitución de medidas no privativas de libertad cuando sea consecuencia del quebrantamiento de éstas, estableciendo que: “si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento”.

De modo que, mientras el art. 51.1 LORPM se refiere a uno de los principios generales informadores del actual Derecho penal de los menores en España mencionados en la exposición de motivos de la propia Ley, la flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas, el art. 50.2 de la misma Ley Orgánica contempla en su inciso final una excepción al principio de que el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad únicamente permite la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. No hay, por tanto, identidad sustantiva entre los dos preceptos legales sucesivamente identificados por el órgano judicial promotor de la presente cuestión como objeto de la duda de constitucionalidad cuya resolución ahora se reclama de este Tribunal Constitucional. Lo que impide entender adecuadamente realizado el trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC.

3. A diferencia de lo que sucede en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6502-2008, el cumplimiento por la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona del requisito establecido en el art. 36 LOTC permite concluir que, en efecto, la norma legal sobre cuya constitucionalidad se formulan las dudas resulta de aplicación al caso y puede entenderse satisfecho el juicio de relevancia que compete realizar al órgano judicial promotor de la cuestión.

Así, como colofón de la argumentación expuesta en el Auto de planteamiento, el órgano judicial promotor de esta cuestión de inconstitucionalidad manifiesta que “la resolución a dictar por este órgano de apelación respecto de la resolución dictada por el Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona queda absolutamente supeditada a la aplicación del precepto cuya constitucionalidad se cuestiona (art. 50.2 LORPM)”. Pese a la escasez de la argumentación puede entenderse, como ya se ha apuntado, satisfecho el juicio de relevancia en la medida en que fue el art. 50.2 LORPM el fundamento aducido por el Juez de Menores núm. 2 de Barcelona, en su Auto de 26 de marzo de 2008, para acordar la sustitución de la medida inicialmente impuesta de un año de libertad vigilada con tratamiento psicológico por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que restara de cumplimiento de aquélla. Y tanto la representación del menor en su recurso de apelación como el Ministerio Fiscal en la impugnación del mismo hicieron expresa referencia a la aplicación al caso del citado precepto legal.

Cabe, por tanto, concluir que el órgano judicial ha puesto de relieve “de qué manera, a la vista del objeto del proceso en curso y de las pretensiones en él deducidas, la alternativa que encierra la duda de constitucionalidad lo es también, idealmente pero no de modo necesario, para resolver aquél en uno u otro sentido, descartado ya cualquier otro parámetro distinto a la disposición legal cuestionada para llegar a dicha resolución (STC 106/1986, de 24 de junio, FJ 3, y AATC 493/1986, de 5 de junio, FJ 2; 163/1999, de 15 de junio, FJ 2; y 28/2002, de 26 de febrero, FJ 2)” (ATC 100/2003, de 25 de marzo, FJ 3). Más concretamente, debemos entender que, a la vista del contenido del Auto del Juez de Menores núm. 2 de Barcelona impugnado ante el órgano judicial promotor de esta cuestión, la norma específicamente aplicable al caso y relevante para la resolución del recurso de apelación es la recogida en el inciso final del art. 50.2 LORPM, de acuerdo con la cual “excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como

el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento”.

En conclusión, la presente cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida porque faltan las condiciones procesales para ello. Sin perjuicio de lo cual, procede que examinemos, como ya hemos hecho en ocasiones anteriores (por todos, AATC 237/2002, de 26 de noviembre; 257/2007, de 23 de mayo; y 467/2007, de 17 de diciembre), la concurrencia del otro motivo de inadmisión al que se hacía referencia en la providencia de 30 de septiembre de 2008, el carácter “notoriamente infundado” de la cuestión.

4. Según hemos declarado reiteradamente, el uso por el art. 37.1 LOTC de la expresión “notoriamente infundada” para identificar aquellas cuestiones que deban ser objeto de inadmisión “encierra un cierto grado de indefinición, que se traduce procesalmente en otorgar a este Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad (entre otros muchos, AATC 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 194/2001, de 4 de julio, FJ 1; y 76/2004, de 9 de marzo, FJ 3). A este respecto existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria. En tales casos puede resultar conveniente resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada” (ATC 201/2008, de 2 de julio, FJ 2).

Pues bien, en este caso la lectura de los razonamientos jurídicos del Auto de planteamiento permite anticipar, por los motivos que seguidamente se exponen, que las dudas de constitucionalidad planteadas por la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona carecen de viabilidad. Procede, en su consecuencia, apreciar en este momento que la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta notoriamente infundada.

5. Al respecto interesa sentar como premisa de nuestro razonamiento la constatación de las características específicas que presenta la justicia de menores en nuestro Ordenamiento jurídico. Sobre este particular tuvimos ocasión de indicar en la STC 243/2004, de 16 de diciembre, que “en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación

de ‘elementos sancionadores y [re]educativos’ (STC 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4). Esta peculiar combinación responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al ‘interés superior’ del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. En el art. 40.1 de este mismo texto internacional, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990, se reconoce el derecho del menor acusado o declarado culpable de haber infringido las Leyes penales a ‘ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’. Finalmente, y para concluir con este breve examen de la normativa internacional de relevancia para la materia, resulta oportuno indicar que, de acuerdo con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como ‘Reglas de Beijing’ de 28 de noviembre de 1985, el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a ‘las circunstancias del delincuente y del delito’, sino que también debe atender al bienestar de estos menores (en especial, reglas 5 y 14)” (FJ 4).

Amén de la perspectiva preventivo-especial ya señalada, nuestro actual Derecho penal de los menores persigue la reinserción de estos menores en la sociedad mediante el diseño de medidas de carácter no exclusivamente sancionador, pues incorporan también aspectos educativos y de responsabilización. Como acertadamente ha puesto de manifiesto el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, participa de esta filosofía y diseña, a tal fin, una justicia de menores con rasgos singulares, resultantes de la combinación del respeto a las garantías procesales del art. 24 CE con las especialidades propias de un sector del Ordenamiento donde cualquier finalidad punitiva debe atemperarse en aras de la consecución de ese fin superior consistente en lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores en el seno de la sociedad.

6. Sentadas estas premisas debemos señalar que resulta notoriamente infundada la presente cuestión de inconstitucionalidad en lo que hace a la eventual contradicción del art. 50.2 LORPM con el principio de seguridad jurídica consagrado por el art. 9.3 CE. El Auto de

planteamiento resulta excesivamente parco en este reproche, que más bien parece que debe reconducirse a una hipotética vulneración del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE). Ahora bien, salvada esa parquedad cumple señalar que no se aprecia vulneración alguna de las dos vertientes del principio de seguridad jurídica a las que hemos venido haciendo referencia desde la STC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11. Siendo obvio a este respecto que ningún desdoro merece el precepto legal cuestionado desde la vertiente objetiva, referida a la certeza de la norma, debemos añadir que tampoco ignora la vertiente subjetiva, que remite a la previsibilidad de los efectos de su aplicación por los poderes públicos, toda vez que la modificación de la medida que contempla el art. 50.2 LORPM es consecuencia del previo quebrantamiento de la medida inicialmente impuesta por los órganos judiciales.

De modo que sólo cuando ha mediado el previo incumplimiento de la medida acordada en Sentencia queda facultado el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y previa audiencia del Letrado, del representante legal del menor y del equipo técnico, para sustituir la medida inicial por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para el completo cumplimiento de aquélla. La excepcionalidad que legalmente se predica del ejercicio de esta potestad remite a la necesaria realización del oportuno juicio de proporcionalidad en el momento aplicativo. Nótese, por otro lado, que esa misma referencia a la excepcionalidad permite ahora concluir que la regulación legal de la modificación de las medidas, con la finalidad de asegurar su mayor eficacia de cara a la reinserción del menor en la sociedad, permite concluir que el precepto legal cuestionado no incurre en desproporcionalidad, bien se analice con la concreta perspectiva de la vertiente subjetiva del principio de seguridad jurídica, bien se enjuicie con la correspondiente a las garantías procesales del art. 24 CE.

7. Respecto de dichas garantías interesa dejar constancia de que, aun cuando en el Auto de planteamiento se afirma que el art. 50.2 LORPM puede resultar contrario al art. 24.2 CE, dicha afirmación está ayuna de toda precisión acerca de cuál de los derechos fundamentales protegidos en dicho precepto constitucional entiende vulnerado el órgano judicial promotor de la presente cuestión de inconstitucionalidad. Parece, como bien apunta el Fiscal General del Estado, que bajo dicha invocación subyace la denuncia de la posible conculcación del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. A ello

mismo apuntaría la mención de la doctrina contenida en la STC 36/1991, de 14 de febrero, que a juicio de la Audiencia Provincial (Sección Tercera) de Barcelona desconocería el precepto legal objeto de esta cuestión.

Para dar respuesta a este motivo debemos recordar que en la mencionada STC 36/1991, de 14 de febrero, se resolvieron diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, entre otros preceptos, contra el art. 23 del texto refundido de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, que establecía que los acuerdos de los Jueces dictados para corregir a los menores no revestían carácter definitivo, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto en cualquier momento, bien de oficio, bien a instancia del representante legal del menor. Entonces la duda de constitucionalidad se planteaba respecto de la adecuación de la previsión legislativa con el principio de legalidad penal, en cuanto implica la predeterminación de las penas. La duda fue rechazada porque, como afirmamos entonces, “tampoco la posibilidad de modificar los acuerdos adoptados en materia reformadora contraría tal principio, pues hay que partir de las especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional en la materia. Es claro, por lo demás, que el mencionado precepto, al indicar que los acuerdos no tienen carácter definitivo y pueden ser modificados e incluso dejados sin efecto, en modo alguno autoriza a agravar, si no es mediante nuevo procedimiento en razón de nuevos hechos, las medidas ya adoptadas” (FJ 8).

Pues bien, resulta indudable que el art. 50.2 LORPM no contradice las exigencias referidas en el pasaje de la STC 36/1991, de 14 de febrero, ahora reproducido. En efecto, el inciso específicamente cuestionado del citado precepto legal supedita el ejercicio de la potestad conferida al Juez de Menores para sustituir la medida inicialmente impuesta por otra de internamiento en centro semiabierto por el tiempo que reste para su cumplimiento a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, uno de carácter sustantivo, cual es el previo quebrantamiento por el menor de la medida inicialmente impuesta; dicho de otro modo, es preciso que sobrevengan “nuevos hechos” en los términos de la STC 36/1991. Y, en segundo

lugar, otro de carácter procesal, pues la decisión judicial de sustitución de la medida sólo puede adoptarse “a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico”; esto es, debe mediar “nuevo procedimiento”, según se declaró en la indicada Sentencia.

Tampoco puede compartirse la tesis sostenida en el Auto de planteamiento acerca de la vulneración de la doctrina contenida en la STC 234/2007, de 5 de noviembre, respecto del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Tras recordar la incardinación de este derecho en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se recordó entonces que este último: “asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso, que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no puedan ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; 224/2004, de 29 de noviembre, FJ 6; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 4, entre otras muchas)” (FJ 4). Expuesta la doctrina constitucional relativa al derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes, procedió entonces este Tribunal Constitucional a examinar si, al actuar como lo hizo en aquella ocasión el Tribunal sentenciador, se había movido “dentro de los límites en que puede desenvolverse al ejecutar la Sentencia” (ibídem). La constatación de que había rebasado dichos límites condujo entonces al otorgamiento del amparo interesado por el recurrente.

Como fácilmente se colige de la síntesis de aquella resolución que acabamos de efectuar, frente a lo apuntado por el órgano judicial promotor de esta cuestión de

inconstitucionalidad no forma parte de la doctrina elaborada por este Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes la prohibición absoluta de variación o modificación de éstas. El elemento esencial de ese derecho debe situarse en la necesaria observancia de los límites que han de respetar los órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones.

Pues bien, en esta ocasión lo que se discute es la definición misma de dichos límites. Y ello se hace respecto de unos pronunciamientos a cuya singularidad ya nos hemos referido. Como hemos apuntado anteriormente, la justicia penal de los menores de edad no es una manifestación más del ius puniendi de Estado, sino que representa un instrumento para lograr la adecuada y efectiva reinserción de los menores infractores en el seno de una sociedad de ciudadanos libres, iguales y responsables. Por ello mismo la sustitución de la medida inicialmente impuesta cuando haya sido quebrantada por el menor se sujeta a un procedimiento en el que no sólo participan las partes sino también un equipo técnico, al que corresponde ponderar en particular los aspectos educativos y reintegradores en juego. No se advierte, en conclusión, que la supeditación de dicha sustitución de la medida inicial a un procedimiento como el perfilado en el art. 50.2 LORPM resulte de suyo vulnerador del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, ni contradiga la doctrina sintetizada en la STC 234/2007, de 5 de noviembre.

Por lo expuesto, el Pleno

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Publíquese este Auto en el “Boletín Oficial del Estado”.

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil nueve.

8 STC 64/2011, de 16 de mayo de 2011

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Javier Delgado Barrio, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps y doña Adela Asua Batarrita, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 8031-2006, promovido por don L.P.R.V., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Monserrat Gómez Hernández y bajo la dirección del Letrado don Eduardo Tuñí Picado, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de mayo de 2006, por la que se desestima el recurso de apelación núm. 128-2004, interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona de 27 de abril de 2004, dictada en el procedimiento núm. 627-2003. Ha comparecido don F.G.O., representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla y bajo la dirección del Letrado don Juan Antonio del Moral Vizcaíno, don Reynaldo Tapias y doña Rosa Elvira Peña de Tapias, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente y bajo la dirección del Letrado don David del Castillo Jurado, y don J.D.T., representado por el Procurador de los Tribunales don Alejandro Sánchez-Seco López y bajo la dirección del Letrado don Andrés Amador Gómez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 31 de julio de 2006, don L.P.R.V., bajo la dirección del Letrado don Eduardo Tuñí Picado, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales mencionadas en el encabezamiento de esta sentencia, solicitando la

designación de Procurador del turno de oficio, nombramiento que recayó en doña Monserrat Gómez Hernández, quien suscribió el escrito de demanda el 14 de noviembre de 2006.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El recurrente, entre otros, fue condenado por Sentencia del Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona de 27 de abril de 2004, dictada en el procedimiento núm. 627-2003, como autor de un delito de asesinato y de una falta de lesiones a la medida de ocho años de internamiento en régimen cerrado seguidos de la medida de cuatro años de libertad vigilada.

b) El recurrente interpuso recurso de apelación, que fue tramitado con el núm. 128-2004 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se fundamentó, entre otros extremos, en cuestionar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM). En concreto, alegó que la LORPM vulneraba el art. 14 CE por el distinto tratamiento dispensado a la responsabilidad penal del menor frente a la de los adultos, incluyendo la circunstancia de que se permite la imposición de medidas de internamiento en régimen cerrado superiores a las que puede imponer un Juzgado de lo Penal. Igualmente, argumentó la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 CE por la pérdida de imparcialidad objetiva que suponía la intervención del Juez de Menores en la fase de instrucción del procedimiento, tal como había quedado acreditado con el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2004, en que se aceptó la recusación de la titular del Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona. Por último, además, señaló la vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), porque la decisión sobre las medidas cautelares a adoptar en el procedimiento se realiza sin haber examinado el material probatorio para evitar una eventual pérdida de imparcialidad del Juez que posteriormente ha de pronunciarse sobre la culpabilidad del menor.

c) El recurso de apelación fue desestimado por Sentencia de 30 de mayo de 2006, argumentando, entre otros extremos, que no existe ningún motivo para dudar de la constitucionalidad de la LORPM, y que no es necesario fundamentar su adecuación al texto constitucional por ser el planteamiento de las cuestiones de constitucionalidad una prerrogativa del órgano judicial. Igualmente, se destacó que no cabía afirmar la vulneración del derecho al juez imparcial, y que dicha cuestión ya fue debidamente resuelta tanto en el

Auto en que se aceptó la primera recusación, como en la posterior resolución en que se desestimó la abstención formulada por la Magistrada designada en sustitución de la recusada.

3. El recurrente aduce en la demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), toda vez que el procedimiento sobre responsabilidad penal del menor a que se ha visto sometido dispensa un distinto tratamiento respecto del previsto para la responsabilidad penal de los mayores de edad. Este tratamiento se extendería a muy diversos aspectos como son la determinación del órgano de instrucción y de enjuiciamiento o el tratamiento dispensado a la proposición de prueba y al régimen de recursos sin que dicha disparidad de tratamiento pueda encontrar justificación en cuanto a la diferente naturaleza de las consecuencias jurídicas aplicables a los responsables menores y mayores de edad, ya que ambas tiene carácter punitivo. Igualmente, argumenta que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al encomendarse la instrucción al Ministerio Fiscal pero con participación del Juez de Menores que posteriormente debe realizar el enjuiciamiento sobre el fondo, lo que provoca una pérdida de la imparcialidad, tal como habría quedado acreditado con el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 2004, en que se aceptó la recusación de la titular del Juzgado de Menores núm. 2 de Barcelona. Por último, también alega la vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que la decisión sobre la adopción de las medidas cautelares la ha de realizar el mismo órgano judicial de enjuiciamiento sobre la base de la existencia de indicios de la responsabilidad que compromete su posterior imparcialidad. Subsidiariamente, el recurrente sostiene que se ha vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE), ya que con la reforma operada en la LORPM por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, se establece la posibilidad de imponer medidas de internamiento en régimen cerrado de hasta ocho años, que es la concretamente impuesta en este caso, y, por tanto, superiores a las penas de prisión que se prevén legalmente para los Juzgados de lo Penal en el procedimiento de adultos.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 23 de julio de 2008, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir atentamente del órgano judicial para que remitiera copia adverada de las actuaciones y emplazara a quienes hubieran

sido parte en el procedimiento, a excepción de la recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 29 de octubre de 2008, acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones, por personados y parte al Procurador de los Tribunales don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de don F.G.O., la Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente, en nombre y representación de don Reynaldo Tapias y doña Rosa Elvira Peña de Tapias, y el Procurador de los Tribunales don Alejandro Sánchez-Seco López, en nombre y representación de don J.D.T., y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y las partes personadas para que, dentro de dicho término, pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. El Procurador de los Tribunales don Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en escrito registrado el 28 de noviembre de 2008, presentó sus alegaciones adhiriéndose a las formuladas por el recurrente en su demanda de amparo.

7. El Procurador de los Tribunales don Alejandro Sánchez-Seco López, en escrito registrado el 2 de diciembre de 2008, solicitó que se estimara la demanda de amparo con revocación de la resolución impugnada, declarando la no culpabilidad de su representado, en tanto que se le ha vulnerado su derecho a la prueba y ha sido condenado sin prueba de cargo suficiente.

8. La Procuradora de los Tribunales doña Natalia Martín de Vidales Llorente no presentó alegaciones en este trámite.

9. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 11 de diciembre de 2008, interesó la desestimación íntegra del recurso de amparo. A esos efectos, señala, en primer lugar, que el recurrente no denuncia actos específicos por los que el órgano judicial haya vulnerado la Constitución ni menciona artículos concretos de la LORPM que, habiendo sido aplicados por el Juez, hubieran determinado la lesión de los derechos fundamentales alegados en la

demanda, lo que determinaría la inadmisión del recurso. Subsidiariamente, el Ministerio Fiscal, analizando el fondo de cada una de las invocaciones realizadas en la demanda, pone de manifiesto que no cabe considerar vulnerado el principio de igualdad (art. 14 CE), ya que la existencia de un tratamiento diferenciado entre la responsabilidad penal de los menores y la de los adultos ha sido justificada constitucionalmente en reiteradas ocasiones en atención al distinto fin que persiguen. Igualmente, afirma que debe descartarse la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), toda vez que ni con carácter general cabe considerar que la intervención del Juez de Menores en la instrucción es contraria al derecho a la imparcialidad judicial ni tampoco cabe apreciarla en este caso concreto en que ya prosperó la recusación de un juez por haber realizado un acto procesal que comprometía su imparcialidad. Del mismo modo, el Ministerio Fiscal argumenta que debe desestimarse la invocación del derecho a la libertad (art. 17.1 CE), toda vez que la eventual decisión sobre la adopción de las medidas cautelares no implica en todo caso la pérdida de imparcialidad judicial. Por último, en relación con la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) por la elevación de la medida de internamiento de régimen cerrado, destaca el Ministerio Fiscal que responde a una modificación sustantiva en que no cabe apreciar que se establezca un tratamiento diferenciado constitucionalmente prescrito con el dispensado en la responsabilidad penal de los adultos.

10. El recurrente no presentó alegaciones.

11. Por providencia de 12 de mayo de 2011 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado los derechos del recurrente a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), por haberse tramitado el procedimiento conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), que establece un régimen diferenciado al de la responsabilidad penal de los adultos; a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por la pérdida de

imparcialidad objetiva que implica la participación del Juez de Menores en la instrucción; y a la libertad personal (art. 17 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que la decisión sobre la adopción de las medidas cautelares la ha de realizar en los procesos de menores el mismo órgano judicial de enjuiciamiento sobre la base de la existencia de indicios de la responsabilidad que compromete su posterior imparcialidad.

2. Como cuestión previa, a los efectos de delimitar más correctamente el objeto del presente recurso de amparo, debe darse respuesta a la concreta alegación realizada por el Ministerio Fiscal en el sentido de inadmitir determinados motivos de amparo por referirse a violaciones de derechos fundamentales que no tienen su origen inmediato o directo en un acto u omisión de un órgano judicial [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), en la redacción previa a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que es la aplicable al caso por la fecha en que fue interpuesta la presente demanda].

Este Tribunal ha reiterado que el recurso de amparo es un medio reparador de lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales, por lo que no es un cauce idóneo para efectuar juicios abstractos de constitucionalidad de la ley, salvo cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución (por todas, STC 47/2007, de 12 de marzo, FJ 4), y a través del procedimiento previsto en el art. 55.2 LOTIC. En atención a ello, y tal como solicita el Ministerio Fiscal, deben inadmitirse los motivos de amparo que el recurrente fundamenta en los arts. 17, 24.1 y 24.2 CE, ya que son vulneraciones de derechos fundamentales que el recurrente no vincula de manera inmediata y directa en un acto u omisión del órgano judicial en la vía judicial previa, sino que los refiere de manera abstracta a la regulación legal establecida en la LORPM.

En efecto, como queda expuesto en los antecedentes, las vulneraciones que el recurrente aduce de estos derechos fundamentales en su demanda de amparo, vinculadas todas ellas con la eventual pérdida de imparcialidad judicial, son de carácter abstracto y no están puestas en conexión con ningún concreto acto procesal de que haya sido objeto el recurrente en el procedimiento del que trae causa a este amparo, sino que se hacen derivar del propio diseño legislativo de la intervención del Juzgado de Menores en la fase de instrucción. Así, si bien es cierto que en la vía judicial previa se dictaron sendos Autos con motivo de una

primera recusación, que fue aceptada, y de una posterior abstención, que fue desestimada, el recurrente no sólo no cumple con la carga de argumentar de qué modo la desestimación de la abstención formulada por la Magistrada que sustituyó a la previamente recusada ha afectado en el caso concreto a sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), sino que ni siquiera ha vinculado la invocación que realiza de ambos derechos fundamentales con la desestimación de dicha abstención que no la ha mencionado en su demanda de amparo. Del mismo modo, el recurrente tampoco fundamenta ni hace mención a las concretas circunstancias en virtud de las cuales la adopción de medidas cautelares en este procedimiento judicial han podido suponer las vulneraciones de los derechos a la libertad (art. 17 CE) o a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que aduce en su demanda. Esto es, en ambos casos plantea juicios directos y abstractos sobre la inconstitucionalidad de la LORPM al margen de concretas actuaciones llevadas a cabo en el proceso judicial previo, que no encuentran su cauce idóneo de resolución en esta jurisdicción de amparo.

Por tanto, inadmitidos estos motivos de amparo, sólo la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), que el recurrente vincula con la circunstancia de haberse tramitado el procedimiento conforme a lo establecido en la LORPM, que establece un régimen diferenciado al de la responsabilidad penal de los adultos, puede ser objeto de pronunciamiento sobre el fondo en esta vía jurisdiccional de amparo.

Por otro lado, también es preciso destacar, en atención a que una de las partes comparecidas en este recurso, condenado en la misma sentencia impugnada, ha solicitado que se anulara la resolución impugnada respecto de su declaración de culpabilidad, que ni las partes comparecidas en el recurso de amparo ni el recurrente pueden hacer valer pretensiones de manera independiente de las realizadas en la demanda, ya que el objeto del amparo queda fijado en el escrito de demanda y la fase de alegaciones no puede articularse como un cauce que permita reabrir un plazo para recurrir fuera del establecido en el art. 44.2 LOTC (por todas, STC 5/2009, de 12 de enero, FJ 3).

3. El recurrente aduce la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) con fundamento en dos aspectos diferentes. En primer lugar, señala que el procedimiento sobre responsabilidad penal del menor a que se ha visto sometido dispensa un distinto tratamiento respecto del previsto para la responsabilidad penal de los adultos que se

extendería a muy diversos aspectos como son la determinación del órgano de instrucción y de enjuiciamiento o el tratamiento dispensado a la proposición de prueba y al régimen de recursos, y sin que dicha disparidad de tratamiento pueda encontrar justificación en cuanto a la diferente naturaleza de las consecuencias jurídicas aplicables a los responsables menores y mayores de edad, ya que ambas tiene carácter punitivo. En segundo lugar, destaca que con la reforma operada en la LORPM por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, se establece la posibilidad de imponer medidas de internamiento en régimen cerrado de hasta ocho años, que es la efectivamente impuesta al recurrente, y, por tanto, superiores a la penas de prisión cuya imposición son competencia de los Juzgados de lo Penal en el procedimiento de adultos, que es de cinco años.

Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la igualdad ante la ley prohíbe configurar los supuestos de hecho de la norma de tal modo que se dé un trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, este principio constitucional impide que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que no estén justificadas de manera fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (por todas, STC 36/2011, de 28 de marzo, FJ 2).

Más en concreto, por lo que se refiere al establecimiento de un régimen de responsabilidad penal del menor diferenciado del de los adultos, este Tribunal ya ha señalado que la alegación de que ello puede suponer una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) “no reviste, como es obvio, la mínima consistencia, pues, como es claro, la diferencia sustancial entre unos y otros en cuanto a la responsabilidad penal es fundamento objetivo más que suficiente de la diferencia procesal” (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5), recordándose que a esa misma conclusión se ha llegado en la STEDH de 29 de febrero de 1988, caso Bouamar c. Bélgica. Igualmente, a los efectos de destacar las peculiaridades de la responsabilidad penal de los menores como circunstancia objetiva legitimadora de un diferente tratamiento legislativo, debe recordarse que este Tribunal también ha subrayado que en dicho ámbito se observa una peculiar combinación de elementos sancionadores y reeducativos, que responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al interés superior del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, en cuyo art. 40.1, además, se reconoce el derecho del menor acusado de haber infringido las leyes penales a “ser tratado de

manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. Perspectiva que también es asumida en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), incluidas en la Resolución de la Asamblea General 40/33, de 29 de noviembre de 1985, en que se establece que el sistema de justicia de menores debe garantizar que la respuesta a los menores delincuentes sea proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito y atender al bienestar de estos menores (reglas 5 y 14) (así, STC 243/2004, de 16 de diciembre, FJ 4).

En atención a lo expuesto, debe desestimarse que las resoluciones impugnadas hayan vulnerado el derecho a la igualdad ante la ley del recurrente por haber tramitado la depuración de las eventuales responsabilidades penales en que habría incurrido conforme a lo previsto en la LORPM y por haberle impuesto una medida de internamiento en régimen cerrado de ocho años, toda vez que ambas decisiones se han fundamentado en una interpretación y aplicación no impugnada de la legalidad, que si bien implica una diferencia de trato en relación con la responsabilidad penal de los adultos cuenta con una justificación razonable conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados y reconocidos internacionalmente respecto de la necesidad de que los menores de edad reciban un tratamiento diferente en los supuestos en que sean autores de conductas consideradas ilícitos penales a los que ya se ha hecho mención.

La desestimación de este concreto motivo de amparo, unido a la circunstancia de la inadmisión del resto de motivos alegados en la demanda, determina que deba denegarse el amparo solicitado.

4. La presente Sentencia se ha redactado sin incluir el nombre y los apellidos completos de los menores participantes en el proceso, al objeto de respetar su intimidad, de conformidad con el art. 8 de las ya citadas Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing) (así, STC 41/2009, de 9 de febrero, FJ 1).

FALLO

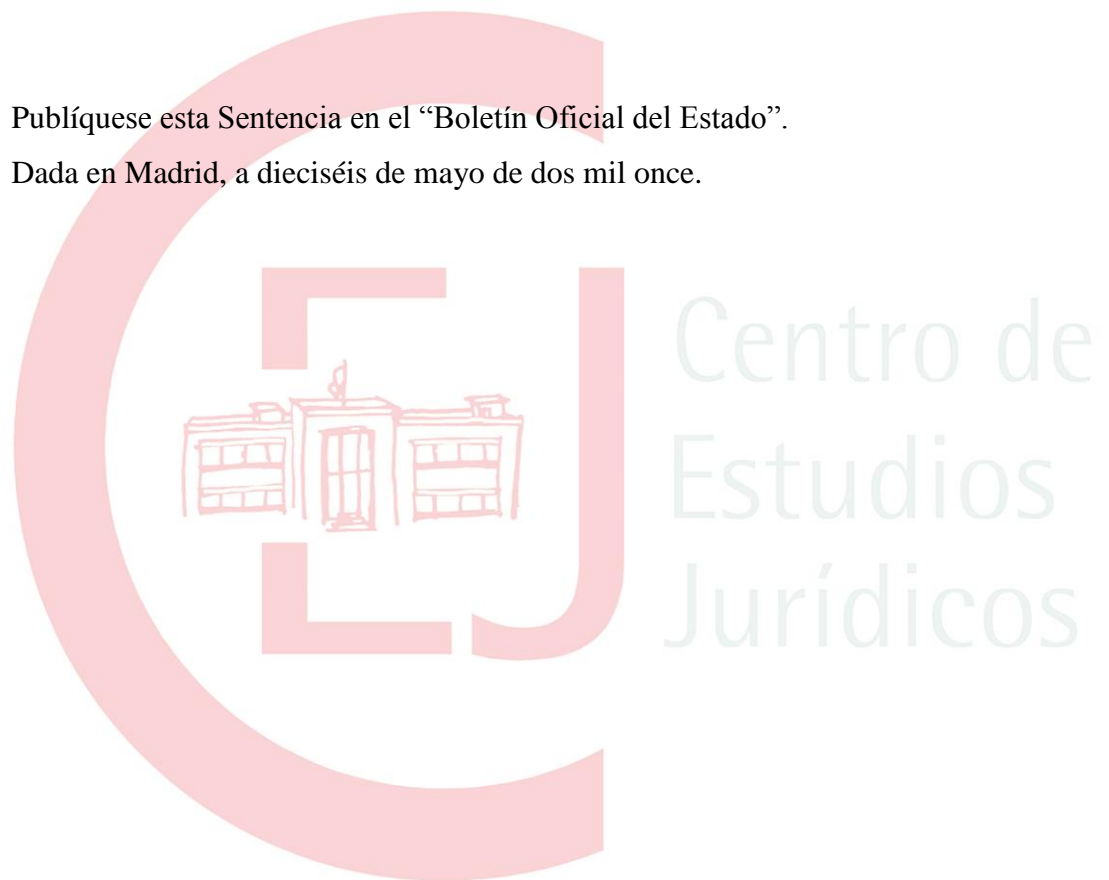
En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don L.P.R.V.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a dieciséis de mayo de dos mil once.



9 STC 146/2012, de 5 de julio de 2012

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Eugeni Gay Montalvo, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Tremps, doña Adela Asua Batarrita y don Luis Ignacio Ortega Álvarez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En la cuestión de constitucionalidad núm. 3792-2001, planteada por el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, respecto a los arts. 16. 2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1, 2 y 3, 28.2, 31, 33 e), 41, y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Con fecha 4 de julio de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el Auto de 19 de junio de 2001 del Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia, dictado en el expediente 6-2001, por el que dicho Juzgado acordó elevar cuestión de inconstitucionalidad sobre las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM): art. 17.4 y 5 por ser lesivo del art. 17.2 CE, del art. 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (en adelante PIDCP) y del art. 5.3 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante CEDH); arts. 26.2 y 31 por vulnerar el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); arts. 16.4, 23.3, 26.1 y 3, 28.2, 33 e) y 61 a 64 por lesión del derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 24.2. CE); arts. 16.2 y 18 por vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE y del art. 41 en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional

segunda de la Ley Orgánica 9/2000 por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2. La cuestión trae causa del atestado instruido por la Guardia Civil de Massamagrell sobre distintos hechos que pudieran ser constitutivos de delito de robo con intimidación, en uno de los cuales pudiera estar implicado un menor. Hechos por los cuales la Fiscalía de Menores acordó la apertura de diligencias preliminares y la incoación del expediente al menor, en virtud del art. 16 LORPM, por decreto del 18 de enero de 2001, instando, paralelamente, del Juzgado de Menores el internamiento del menor en régimen cerrado como medida cautelar prevista en el art. 28 LORPM. El Juzgado de Menores acordó el internamiento cautelar del menor, en régimen cerrado, por máximo de tres meses por Auto de 19 de enero de 2001.

Finalizada la instrucción del expediente por el Ministerio Fiscal y remitido al Juzgado de Menores, el Fiscal presentó escrito de alegaciones, calificando los hechos de robo con intimidación; igualmente presentó sus alegaciones la representación del menor. Acordada por el Juzgado la celebración de la audiencia prevista en los arts. 33 y ss. LORPM, la representación del menor interpuso recurso de nulidad de actuaciones; los motivos de nulidad fueron reiterados al comienzo de la audiencia, que se suspendió para subsanar uno de los defectos alegados, reanudándose días más tarde y finalizando la misma.

Por Auto de apertura del trámite de audiencia de 29 de mayo de 2001, el Juzgado de Menores acordó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y, con carácter previo a su presentación en este Tribunal, dar traslado del mismo al Fiscal y a la defensa del menor, para que, en el plazo de diez días, manifestaran lo que estimaren procedente sobre la pertinencia de dicha cuestión de inconstitucionalidad, lo que así hicieron. En dicho trámite, el Ministerio Fiscal se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en tanto que la representación del menor consideró pertinente su planteamiento y se adhirió a su fundamentación.

3. En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano judicial proponente realiza, en síntesis, las siguientes consideraciones:

a) La inconstitucionalidad de los párrafos 4 y 5 del art. 17 LORPM, debido a la lesión del art. 17 CE, del art. 9.3 PIDCP y del art. 5.3 CEDH, se sustenta en que, según dicho precepto, el menor no se pone inmediatamente a disposición judicial sino a disposición del Ministerio Fiscal, cuando, de conformidad con el art. 17 CE., el único destinatario posible de la detención policial es la autoridad judicial. Se razona que el art. 17 CE no establece sólo un límite temporal en la duración de la detención policial preventiva, sino también un límite personal en cuanto al destinatario de la detención, que sólo podría serlo la autoridad judicial. Dicha limitación se argumenta en que el art. 17.2 CE establece que la detención durará el tiempo “estrictamente necesario”, después de lo cual deberá ser puesto a disposición judicial o en libertad.

Los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM estarían concediendo al Ministerio Fiscal la capacidad de prorrogar la detención del menor, hasta las cuarenta y ocho horas desde el inicio de la detención policial, sin una justificación aparente, que no sería otra que la de decidir la libertad o la puesta a disposición del Juez. Aunque no sea obligado que la policía ponga a disposición del Fiscal al menor, por cuanto la literalidad del art. 17.5 permite que no sea necesario este trámite, sin embargo, el art. 17.4 está partiendo de que la policía lo pondrá en libertad o a disposición del Fiscal en el plazo de veinticuatro horas.

Se argumenta en este contexto, que este art. 17 estaría alejado de lo dispuesto en el art. 9.3 PIDCP y en el art. 5.3 CEDH, que establecen que el detenido deberá ser llevado “sin demora” o “sin dilación” ante un Juez o funcionario habilitado para ejercer funciones judiciales. A partir de aquí, se razona con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 23 de octubre de 1990, 25 de marzo de 1999), que el Fiscal no puede ejercer “funciones judiciales” en el sentido del art. 5.3 CEDH, porque de la citada jurisprudencia se deriva la necesidad de que la autoridad, ante la cual se ponga a disposición el detenido, deba ser imparcial. Dicha imparcialidad podría quedar empañada por el hecho de que la misma autoridad que ordena la detención tuviera asignadas otras funciones

en el proceso y si no se mantiene ajena al poder ejecutivo y a las partes, ya que su función es la de revisar si existen razones legales para justificar la detención.

En cuanto a la relevancia para el fallo sobre la nulidad instada y para dictar la Sentencia, se afirma, en primer término, que el menor declaró ante el cabo de la Guardia Civil en presencia de su hermano y de un letrado de oficio, sin la presencia del Fiscal. En segundo lugar, que una vez realizadas las diligencias de exploración del menor ante la Guardia Civil a las 19.10 del día 17 de enero, el menor no fue puesto a disposición judicial, sino que continuó de forma inexplicable en situación de detención sin que se practicara actuación alguna y siendo puesto a disposición del Fiscal a primera hora de la mañana siguiente. Hasta las 11.30 horas del día 18 no fue puesto a disposición del Juzgado sin que se hubieran realizado ningún tipo de diligencias, de modo que transcurrieron catorce horas en las que estuvo detenido el menor sin realizarse ninguna actuación. En tercer lugar, se sostiene que después de la declaración del menor ante la Guardia Civil en ningún momento se le recibió declaración por parte del Ministerio Fiscal, ni siquiera con anterioridad a la petición por parte de éste del internamiento cautelar del menor.

Se afirma, como resumen, que la cuestión planteada tiene conexión tanto con la prolongación innecesaria de la detención del menor, por no pasar inmediatamente a la autoridad judicial, sino a una autoridad intermedia, el Fiscal, como con el hecho de que no se le ofreció en ningún momento la posibilidad de declarar ante esta autoridad —el Fiscal— que lo tenía detenido.

b) Los arts. 26.2 y 31 LORPM lesionarían el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por cuanto no prevén un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, es decir, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular la acusación.

Se sostiene que la inexistencia de una fase intermedia en el proceso previsto en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores tiene como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos al darle

traslado el Juez de menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el art. 31, después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado. Así, el propio art. 26.2 parte de la posibilidad de que el menor no haya declarado todavía, pues aunque el letrado pida la declaración del menor y aunque, en principio, el Fiscal está obligado a recibir dicha declaración, tal obligación decae en caso de que hubiese concluido la instrucción y hubiere elevado el expediente al Juzgado de Menores. Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el Juez de menores antes del juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin “haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente”.

Razona el órgano judicial con base en las SSTC 186/1990, 100/1996, 149/1997 y otras citadas por éstas, conforme a las cuales una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el Juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

c) En tercer lugar, se cuestionan los arts. 16.4, 28.2, 23.3, 26.1 y 3, 33 e), y 61 a 64 LORPM por vulnerar el derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), en la medida en que dichos preceptos permiten el contacto del Juez que ha de dictar Sentencia con el material probatorio antes de la audiencia. Dicho contacto previo se verificaría, en primer lugar, en la instrucción —paralela a la que efectúa el Fiscal respecto de la responsabilidad penal del menor— realizada por el Juez que ha de dictar Sentencia y que tiene como objeto la pieza de responsabilidad civil. Sostiene el Juzgado de Menores que, de seguirse estrictamente la voluntad de la ley, el juzgador incumpliría la obligación de ser ajeno al litigio y a las partes, pues, en el marco de la pieza de responsabilidad civil, se atribuye competencia al Juez para “conocer de la prueba propuesta por las partes”, “unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de audiencia que considere relevantes para la decisión” e, incluso, en el art. 64.6 se establece que “no podrá rechazarse la confesión en juicio o la prueba testifical por el hecho de haber sido ya practicadas en el expediente

principal”. Se alega que, en el caso, el Juzgado procedió a abrir la pieza separada de responsabilidad civil. En el mismo sentido se afirma que el Juez de menores realiza una instrucción paralela en relación con la adopción de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art. 23.3 y 26.1 y 3), puesto que éstas las acuerda el Juez y no el Fiscal.

También considera que el Juez de menores puede tener contacto con el material probatorio antes del juicio en cuanto el art. 33 e) establece que el Juez puede acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, denegadas por el Fiscal en la instrucción, que considere relevantes y que no puedan practicarse en la audiencia, para que se practiquen ante él.

Especialmente relevante le parece en este contexto la adopción de las medidas cautelares conforme al art. 28.2 LORPM, que permite practicar pruebas. Se sostiene que a solicitud de la defensa se practicó la prueba consistente en informe sobre la adicción a las drogas del menor. Se afirma que también aquí se da un contacto previo con el material probatorio. Se citan en este marco las SSTC 142/1997 y 145/1998, y la STEDH de 25 de julio de 2000, sobre la necesidad de separar las funciones instructoras y juzgadoras con la finalidad de que no exista contacto previo con el material probatorio y que exigen no haber realizado un juicio previo de culpabilidad por parte del Juez que ha de dictar Sentencia.

d) Por otra parte, argumenta el órgano judicial que las posibilidades de ejercicio del principio de oportunidad por el Fiscal, inadmitiendo la denuncia, archivando el expediente o desistiendo de incoarlo —arts. 16.2 y 18 LORPM—, sin control judicial, lesionaría el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 CE. Se sostiene que, aunque en el presente caso el Fiscal no hiciera uso de estas opciones, en la medida en que se puede dictar la nulidad de actuaciones, todavía puede hacerse uso de la misma. Se argumenta que esta discrecionalidad puede producir la introducción de un principio de responsabilidad social de ciertas capas de la población. Se concluye, por ello, que el art. 18 de la citada ley afecta a los principios de igualdad, seguridad jurídica y legalidad y que una interpretación literal del mismo implica la posibilidad de desistir del procedimiento aunque se hayan realizado varios delitos graves, a pesar de la alarma social que hubieran podido producir y no aclarando cómo puede comprobarse la existencia de estos hechos, ya que no existirán condenas previas.

En relación con el art. 16.2 se afirma que no puede haber un pronunciamiento sobre los hechos y su calificación al margen del proceso debido y de la presunción de inocencia, pues no puede haber prueba fuera de él ni imputación de hechos sin contradicción previa. En este marco, se afirma que, en la medida en que la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores parte de la responsabilidad civil solidaria de los padres, su declaración de responsabilidad queda supeditada tan sólo a una decisión del Fiscal, pues al inadmitir la denuncia o archivarla cancela la posibilidad de declarar dicha responsabilidad.

e) En un último bloque, cuestiona el Juez de menores la posibilidad de que los intervinientes en el proceso no sean especialistas en menores en cuanto lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En concreto, aduce la inconstitucionalidad del art. 41 LORPM, redactado conforme al art. 6 y la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000. Conforme a dicha disposición, el modelo de recurso de apelación de la Sentencia dictada en el procedimiento de menores, ante la Audiencia Provincial —en la que no hay una Sala especialista en menores—, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con los arts. 37 d) y 40 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, que requieren la especialización de todos los que intervienen en el procedimiento de menores.

Se razona que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe ser interpretado a la luz de los tratados internacionales (art. 10.2 CE) que, en este caso, señalan la necesidad de la especialización tanto del procedimiento de menores como de todos los intervinientes en el mismo. El carácter no especialista de los intervinientes en el proceso provocaría la falta de efectividad de la tutela judicial exigida en el art. 24.1 CE. Se cuestiona especialmente que, a pesar de que la disposición adicional cuarta LORPM establece la necesidad de la especialización de los intervinientes, así como que, a pesar de que el art. 41 LORPM establecía que los recursos se substanciarían ante una sala especialista en menores en los Tribunales Superiores de Justicia, sin embargo, la Ley Orgánica 9/2000, a través de su art. 6 y su disposición adicional segunda, han modificado dicho régimen al establecer que serán las Audiencias Provinciales las competentes. De modo que se habrían implantado “órganos de justicia ordinarios de adultos en la administración de justicia de menores”.

4. Por providencia de la Sección Segunda de este Tribunal de 27 de noviembre de 2001, se acordó, a los efectos que determina el artículo 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegase lo que considerase conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad en relación con: a) La ausencia de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 16.2, 23.3, 26.1 y 2, 28 y 33 e) LORPM (art. 35.2 LOTIC); b) la relevancia para la decisión del proceso de la validez de los arts. 18, 61 a 64, y 41 LORPM en relación con el art. 6 y la disposición adicional segunda Ley Orgánica 9/2000 (art. 35.2 LOTIC); c) la relevancia para la decisión del proceso de la validez del art. 17.4 y 5, así como sobre el carácter notoriamente infundado de la tacha de inconstitucionalidad planteada respecto del mismo (art. 35.2 y 37.1 LOTIC); d) el carácter notoriamente infundado de la tacha de inconstitucionalidad planteada de los arts. 26.2 y 31 LORPM (art. 37.1 LOTIC).

5. Mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 17 de diciembre de 2001, el Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones, instando la inadmisión de la totalidad de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas.

a) Señala, en primer término, que de la comparación del Auto de 29 de mayo de 2001, en el que el Juzgado dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal para manifestarse sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos, con el Auto de planteamiento de la cuestión de 19 de junio de 2001, deriva que la audiencia no versó sobre los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28 y 33 e), ni tampoco sobre el art. 16.2 LORPM. De modo que sobre dichas disposiciones ni las partes ni el Ministerio Fiscal han podido ser oídas. En consecuencia, recordando la jurisprudencia constitucional (ATC 163/2001), afirma que, siendo la audiencia un requisito indispensable para el correcto planteamiento de las cuestiones (art. 35.2 LOTIC), la cuestión debe ser inadmitida en relación con dichos preceptos, de conformidad con el art. 37.2 LOTIC.

b) Sobre la inconstitucionalidad de los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM, alega el Ministerio Fiscal, de un lado, que existe una absoluta falta de relevancia en relación con la

solución del caso, pues, no se alcanza a comprender para qué el Juez, en este momento de dictar Sentencia, precisa resolver el problema del plazo de la detención de quien ya está libre desde mucho tiempo atrás, que no ha formulado protesta alguna sobre su detención, y que ha sido puesto a disposición judicial antes de transcurrir las cuarenta y ocho horas de su detención. El planteamiento parece de naturaleza abstracta, sin relevancia para el caso concreto, y, por consiguiente alejado de la razón de ser del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

De otra parte, sostiene que la cuestión carece de fundamento, pues el art. 17.4 y 5 LORPM, partiendo del presupuesto legal de atribuir la instrucción de estos expedientes al Ministerio Fiscal (art. 16), reparte las cuarenta y ocho horas de la detención entre la Policía y el Fiscal, reduciendo el límite máximo de setenta y dos horas previsto en el art. 17.2 CE. Con ello no sólo no se quebranta lo dispuesto en dicho art. 17.2 CE, sino que se aumenta la garantía de libertad de los menores, anticipando el momento en que el menor deberá ser puesto a disposición judicial. Los plazos máximos de detención del art. 17.2 CE no habrían sido variados y, en todo caso, el plazo de cuarenta y ocho horas se reparte entre la policía y el Fiscal, porque éste, al ser el instructor, precisa de un tiempo para valorar el atestado y tomar algunas decisiones, como la puesta en libertad del menor, el desistimiento o la incoación del expediente. Incluso el apartado 6 del art. 17 LORPM completa las garantías al establecer el habeas corpus. Finalmente, sostiene que resulta difícilmente cuestionable la facultad del Fiscal en cuanto instructor del expediente para detener o mantener una detención dentro de los límites legales, cuando esa misma facultad corresponde a la policía (art. 492 de la Ley de enjuiciamiento criminal: LECrim) o incluso, en determinadas circunstancias, a los particulares (art. 490 LECrim).

c) En cuanto a las dudas respecto de los arts. 26.2 y 31 LORPM, sostiene el Fiscal que el Juez entrecruza lo que a su juicio debió hacerse en el presente expediente con lo que la ley autoriza a hacer. Razona el carácter notoriamente infundado del alegato de inconstitucionalidad, pues, de un lado, considera que no debe entenderse que el escrito de alegaciones del Fiscal constituye el final de la instrucción, sino que todavía se desarrolla ante el Juez parte de la instrucción, ya que éste puede practicar por sí las pruebas propuestas por el Letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción [art. 33

e)]. A ello ha de añadirse que el menor goza, desde el mismo momento de la incoación del expediente, de todos los derechos que le atribuye el art. 22 LORPM, y que el Fiscal deberá dar vista del expediente al Letrado del menor en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como lo solicite (art. 23), quien puede interesar las diligencias que estime pertinentes, incluida la exploración del menor; de modo que no parece posible considerar que la ley lesione el derecho de defensa del menor, colocándole en una situación de sorpresa frente a lo que se pueda realizar en el expediente antes de la audiencia. Por lo demás, en el caso concreto la defensa del menor, designada desde el primer momento, pidió al Juez en su escrito de alegaciones, entre otras diligencias, la exploración de aquél (26 de marzo de 2001), que pudo haber sido solicitada con anterioridad y fue declarada pertinente.

d) Respecto de la tacha de inconstitucionalidad de los arts. 16.4 y 61 a 64 LORPM, se razona, de un lado, que ya la STC 60/1995, de 17 de marzo, sobre la Ley Orgánica 4/1992 de juzgados de menores, afirmó que las diligencias practicadas por el Juez a instancia del Fiscal, si el menor está defendido por letrado, no afectan en principio a la imparcialidad objetiva del Juez. De otra parte, se aduce que en ningún pasaje de los artículos mencionados se obliga al juez a tomar la iniciativa y practicar por sí mismo diligencia de prueba alguna, sino que se limita a ordenar la práctica de las pruebas propuestas por las partes, autorizándosele exclusivamente a que de oficio mande “unir a los autos aquellos particulares del expediente del procedimiento de menores y de las actas de la audiencia que considere relevantes para su decisión” (art. 64.7); iniciativa que, por sí sola, en nada afecta ni contamina la actuación del Juez que se limita a recoger lo ya practicado a propuesta de las partes. A todo ello añade que el Juez cuestionante no justifica en este caso la necesidad de aplicar los preceptos que tacha de contrarios a la Constitución de manera que le impida preservar su imparcialidad, por lo que no habría juicio de relevancia para la resolución del caso.

e) Igualmente faltaría la relevancia para la solución del caso, respecto del art. 18 LORPM, ya que el desistimiento, como facultad del Fiscal, no ha sido utilizado en el caso. Las hipótesis suscitadas en el Auto serían impropias de una cuestión de inconstitucionalidad, que no existe para resolver futuras dudas sino para los casos en que “el Juez considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo pueda ser contraria a la Constitución” (art. 35.1 LOTC). En todo caso, considera que la cuestión es

notoriamente infundada, pues el ejercicio de la potestad discrecional que otorga el art. 18 viene vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor que informan la ley, siendo ello acorde con las recomendaciones de los textos internacionales relacionados con la justicia de menores [art. 40.3 b) de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, regla 6 de Beijing y apartado II de la Recomendación número R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa], y, además no viola el derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado, ya que lo dicho en el art. 18 se entenderá “sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil” (art. 18.1) y de la posibilidad, que siempre tienen, de acudir a la vía civil ordinaria.

f) Por último, sobre la constitucionalidad del art. 41 LORPM, en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional segunda Ley Orgánica 9/2000, afirma el Fiscal que es claro que no resulta aplicable al caso, ni de su validez depende el fallo, puesto que, para dictar Sentencia, el Juez en primera instancia no precisa tener en cuenta la norma, ni incluirla en la parte dispositiva de su Sentencia, ni le afecta lo que la ley diga acerca de la apelación. Tanto es así, que ni siquiera ha de hacer mención a los recursos. Además, considera la cuestión notoriamente infundada, pues la especialización no se establece como una obligación o un derecho de carácter exclusivo o excluyente en la legislación, sino como criterio preferencial para la provisión de destinos. De modo que, ejerciéndose la potestad jurisdiccional, según el art. 117.3 CE, por los Juzgados y Tribunales “determinados por las leyes”, si los Jueces y Tribunales están previstos en la ley sin exclusividad en su especialización, pueden prestar la tutela judicial efectiva aunque en el caso concreto no estén especializados o no lo estén completamente. En definitiva, la especialidad no es algo que forme parte del derecho a la tutela judicial efectiva según la regulación legal.

6. Por providencia de 23 de marzo de 2004, la Sección Cuarta de este Tribunal, teniendo por formuladas las alegaciones planteadas por el Fiscal General del Estado, acordó admitir a trámite la cuestión que plantea el Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia sobre la constitucionalidad de los arts. 16.2 y 4, 17 4 y 5, 18, 23.3, 26.1, 2 y 3, 28, 31, 33 e), y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; y el art. 6 de la Ley Orgánica 9/2000, que dio redacción al art. 41 de la Ley

Orgánica 5/2000 y la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000; así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes. En la misma resolución se acordó publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado”.

7. El Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el procedimiento y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

De igual modo, la Presidenta del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. El Abogado del Estado se personó en nombre del Gobierno, solicitando, en su escrito de alegaciones registrado en este Tribunal el 22 de abril de 2004, que se dicte Sentencia que desestime la cuestión planteada.

a) En relación con el art. 17, apartados 4 y 5 LORPM, considera, con carácter previo, que en el Auto no se efectúa debidamente el juicio de relevancia, pues su justificación es tan variada que no se llega a conocer realmente el dato relevante y su consecuencia para el concreto enjuiciamiento, sin que en realidad llegue a justificarse en qué medida unos hechos anteriores relacionados con la detención pueden ser determinantes para el fallo.

En cualquier caso, manifiesta que los preceptos cuestionados no son contrarios al art. 17 CE; el Auto establece una diferenciación entre poder de detención y disposición del detenido que es imposible en la práctica, pues toda detención supone invariablemente que el detenido se encuentra bajo el control y responsabilidad de quien la ha practicado. La Constitución impone la puesta a disposición judicial del detenido dentro de un plazo, pero no

condiciona de manera excluyente la intervención del Ministerio Fiscal, quien tiene encomendada la instrucción de los procedimientos de menores precisamente como garantía frente a la “contaminación” que podría producir la instrucción del propio juez.

b) La argumentación con la que se cuestionan los arts. 26.2 y 31 LORPM no deja claro, a juicio del Abogado del Estado, si la objeción se dirige contra la norma o contra la concreta actuación del Ministerio Fiscal en el expediente instruido. De una parte, en cuanto al art. 26.2, manifiesta que no se entiende bien la objeción en un procedimiento en que el imputado es un menor y en el que los derechos de defensa sitúan su centro de gravedad en la persona de su defensor; la finalidad de evitar la indefensión derivada de acusaciones sorpresivas —en la que el órgano cuestionante centra su alegación— es alcanzada depositando en el letrado defensor del menor la oportunidad de proponer que se lleve a efecto la declaración del menor. Y en relación con el art. 31 de la Ley, denuncia en realidad el órgano judicial la ausencia en el procedimiento de una fase intermedia, quedando cifrada igualmente la inconstitucionalidad en una omisión del legislador, que en cuanto se refiere a la declaración del menor no es realmente tal, puesto que se configura como derecho del propio menor, ejercitable por su letrado, y no como una carga o deber.

c) En relación con el siguiente bloque de preceptos cuestionados, referidos al proceso paralelo de responsabilidad civil, razona el Abogado del Estado que nada puede reprocharse al legislador pues no ha hecho otra cosa que atribuir al Juez del proceso penal el enjuiciamiento de la responsabilidad civil correspondiente, siendo la única razón para introducir un proceso diferenciado la relevancia que en el de responsabilidad civil puedan tener los guardadores del menor.

d) El cuestionamiento de los art. 16.2 y 18 LORPM no satisface el juicio de relevancia, puesto que no han sido aplicados en el caso concreto. Por lo demás, tampoco se explica debidamente en el Auto en qué medida la facultad asignada al Fiscal de resolver el archivo de las actuaciones o la de desistir de la incoación del expediente lesionan el art. 117 CE.

e) Por último, razona el Abogado del Estado que tampoco del art. 6 y de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000 se ha efectuado debidamente el juicio de relevancia, puesto que los actos procesales cuya validez pueda depender de la competencia son aquéllos que pueden producirse a partir del cese de la competencia del Juez proponente. Por otra parte, en relación con la queja de falta de especialización, manifiesta que la especialización es una cuestión compleja que atiende a múltiples factores, sin que haya de ser la jurisdicción constitucional la que deba dirimir las implicaciones derivadas de la misma.

9. El Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones el 30 de abril de 2004, en el que solicitó la desestimación de la cuestión de constitucionalidad reiterando los argumentos ya expuestos en el previo escrito de alegaciones. A tales argumentos añadió las siguientes consideraciones:

a) En relación con el cuestionamiento de los arts. 26.2 y 31 LORPM, abunda en la idea de que las garantías establecidas en la propia ley de responsabilidad penal del menor —que permiten al Letrado del menor solicitar del Ministerio Fiscal “cuantas diligencias considere necesarias”, pudiendo reiterar la petición de las no practicadas en cualquier momento, y debiendo además el Fiscal recibir en el expediente la declaración del menor cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto— impiden poder concluir que el menor no puede conocer su condición de “imputado” ni defenderse en el proceso antes de que el Ministerio Fiscal resuelva concluir el expediente y remitirlo al Juzgado. Y sostiene además que la citada ley incorpora la doctrina constitucional elaborada para el proceso penal en general (STC 186/1990) y para el de menores en particular (STC 60/1995), acentuando las garantías a favor del menor, al trazar un procedimiento acusatorio en el que el Fiscal con sus alegaciones formula una verdadera imputación que sirva para una conformidad (art. 32) o para la celebración de audiencia (art. 33).

Ello es así aun cuando se entienda que el art. 33 no abre una fase de instrucción judicial y no permita por tanto decidir al Juez la celebración de la audiencia tras la práctica de la prueba pedida por la defensa del menor, sino con anterioridad; no obstante lo cual, la circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado ha planteado otra interpretación del art. 33

según la cual el Juez podría acordar la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa y a la vista de su resultado decidir sobre la celebración de la audiencia o el sobreseimiento. Dicha interpretación daría al menor otra oportunidad de ser explorado y ser informado de la imputación antes de abrirse la audiencia.

b) Pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, en segundo lugar, que pese a que la vulneración del derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE) sólo fue planteada en el trámite de audiencia respecto de los arts. 16.4 y 61 LORPM —referidos a la apertura de la pieza de responsabilidad civil—, y no respecto de los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28 y 33 e), debiendo por ello ser inadmitido su cuestionamiento ex arts. 35.3 y 37.2 LOTC, en todo caso debería desestimarse porque el Juez se limita a ordenar la práctica de las pruebas que las partes le proponen [arts. 23.3, 28,2 y 33 e)] y a decretar el internamiento tras serle solicitado por el Ministerio Fiscal y tras una audiencia previa con las partes. Ello, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 60/1995, de 16 de marzo), permite excluir cualquier duda de parcialidad en el Juez de menores. Además, pone de relieve el Fiscal General del Estado que en el caso concreto el internamiento del menor se acuerda en virtud de razones que nada tienen que ver con la culpabilidad del menor, sino en interés del menor y de su reinserción, lo que evidencia que en nada queda afectada la imparcialidad judicial por el hecho de que el Juez de menores deba decidir sobre tales cuestiones.

10. Mediante providencia de fecha 3 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el 5 de julio del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con las siguientes disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, (en adelante LORPM), cuya fundamentación se expone con detalle en los antecedentes: art. 17.4 y 5 por ser lesivo del art. 17.2 CE, del art. 9.3 Pacto internacional de derechos civiles y políticos y del art. 5.3 Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; arts.

26.2 y 31 por vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.); arts. 16.4, 23.3, 26.1 y 3, 28, 33 e), 61 a 64 por lesión del derecho a ser juzgado por un juez imparcial (art. 24.2 CE.); arts. 16.2 y 18 por vulneración del principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117.3 de la Constitución; art. 41 en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 9/2000 por lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). El Fiscal General del Estado se opone a la admisión de la cuestión respecto de algunos preceptos por considerar que no fueron incluidos en el trámite de audiencia a las partes, y por carecer de juicio de relevancia otros; subsidiariamente plantea su desestimación; el Abogado del Estado interesa igualmente la desestimación íntegra de la cuestión.

2. Con carácter previo, hemos de resolver la dudas de orden procesal planteadas por el Fiscal General del Estado, quien considera que determinados preceptos de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores sobre los que se proyecta la duda de constitucionalidad no fueron expuestos a las partes en el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 CE, y con relación a otros preceptos la cuestión carece de relevancia para el fallo (art. 35.1 CE). Al respecto es procedente recordar que no existe ningún óbice para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en la fase de resolución de la misma, esto es, mediante Sentencia, dado que la tramitación específica del art. 37.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTTC) no tiene carácter preclusivo y cabe apreciar en Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (por todas, SSTC 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2; y 6/2010, de 14 de abril, FJ 1).

Comenzando con el examen de los requisitos procesales, ha de señalarse que el Auto de 29 de mayo de 2001, en base al cual el Fiscal y la letrada del menor efectuaron sus alegaciones, no cuestionó la constitucionalidad de los arts. 23.3, 26.1 y 3, 28.2 y 33 e) LORPM como lesivos del derecho a un juez imparcial, ni tampoco la del art. 16.2 LORPM en relación con la lesión del principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE); no es sólo que se omitiera la mención numérica de estos preceptos, sino que los razonamientos sobre la lesión de los preceptos constitucionales, exteriorizados en el Auto de apertura del trámite de

audiencia, no se refieren en modo alguno a dichas disposiciones. Por ello, como también señala el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la cuestión de inconstitucionalidad debe ser inadmitida por ausencia del trámite de audiencia al Fiscal y a las partes (art. 35.2 LOTC) en relación con dichos preceptos.

En este contexto, ha de reiterarse la importancia del trámite de audiencia, que deriva del doble objetivo cuyo logro justifica su existencia: garantizar que las partes sean oídas y poner a disposición del órgano judicial un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso. En este sentido, hemos destacado también que el mismo no puede minimizarse reduciéndolo a un simple trámite carente de más trascendencia que la de su obligatoria concesión, cualesquiera que sean los términos en los que ésta se acuerde, resultando inexcusable, por el contrario, que en él se identifiquen con precisión tanto los preceptos legales sobre cuya constitucionalidad se albergan dudas como las normas de la Constitución que se consideran vulneradas. Es, por lo tanto, un requisito inexcusable, cuya eventual omisión constituye un defecto en el modo de proposición de la cuestión de constitucionalidad que ha de determinar, tras el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC, la inadmisión de la cuestión (por todas, SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 2; y 140/2008, de 28 de octubre, FJ 2).

3. Procede, en segundo término, analizar la concurrencia de la segunda causa de inadmisibilidad puesta de manifiesto tanto por el Fiscal General del Estado como por el Abogado del Estado, referida a la ausencia de relevancia para la decisión del proceso (art. 35.2 LOTC) de la eventual inconstitucionalidad de los artículos 16.4, 17.4 y 5, 18, 61 a 64 y 41 LORPM.

Para dar respuesta a este óbice de procedibilidad debemos recordar, con el ATC 24/2008, de 22 de enero, FJ 4, que “el juicio de relevancia constituye uno de los requisitos esenciales de toda cuestión de inconstitucionalidad, por cuanto a su través se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la Ley, impidiendo que el órgano judicial

convierta dicho control en abstracto, pues para realizar este tipo de control carece aquél de legitimación. Dicho juicio de relevancia ha sido definido por este Tribunal como ‘el esquema argumental dirigido a probar que el fallo del proceso judicial depende de la validez de la norma cuestionada’ (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1, y AATC 93/1999, de 13 de abril, FJ 3, y 21/2001, de 30 de enero, FJ 1, por todos) y constituye ‘una de las condiciones esenciales para la admisión de la cuestión, pues, en la medida que garantiza una interrelación necesaria (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 3) entre el fallo del proceso a quo y la validez de la norma cuestionada, asegura la realización efectiva del antedicho control concreto de la constitucionalidad de la Ley’ (STC 64/2003, de 27 de marzo, FJ 5; AATC 24/2003, de 28 de enero, FJ 3; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3, y 206/2005, de 10 de mayo, FJ 3, entre otros)” (STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 7).

Es a los Jueces y Tribunales ordinarios que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, prima facie, corresponde comprobar y exteriorizar dicho juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede invadir ámbitos que, primera y principalmente, corresponden a aquéllos, adentrándose a sustituir o rectificar el criterio de los órganos judiciales proponentes, salvo en los supuestos en que de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia resulta falta de consistencia, ya que en tales casos sólo mediante la revisión del juicio de relevancia es posible garantizar el control concreto de constitucionalidad que corresponde a la cuestión de inconstitucionalidad en los términos en que ésta es definida por el art. 163 CE (STC 141/2008, de 30 de octubre, FJ 4; ATC 186/2009, de 16 de junio, FJ 2).

4. Pues bien, de conformidad con lo manifestado por el Fiscal General del Estado, no se advierte en qué medida resulta relevante para emitir una resolución por el órgano judicial proponente ni en el marco del incidente de nulidad de actuaciones instado, ni respecto del fondo del asunto, los apartados cuarto y quinto del art. 17 LORPM.

Así, de un lado, respecto de la constitucionalidad de la prórroga de la detención del menor estando a disposición del Fiscal, en sí misma considerada, es claro que no se formuló

queja alguna, ni se suscitó el habeas corpus, de conformidad con el art. 17.6 LORPM, cuando hubiera sido éste el procedimiento adecuado no sólo para reparar la eventual lesión de la libertad del menor, sino también para plantear en su marco la cuestión de constitucionalidad. En este sentido, debe destacarse que quien tiene encomendado el conocimiento y resolución del habeas corpus no es el Juez de menores, sino el Juez de instrucción del lugar donde se encuentre el menor privado de libertad (art. 17.6 LORPM), debiendo ser este órgano judicial, por razón de su competencia, quien habría de aplicar el precepto cuestionado.

Por consiguiente, a partir de la naturaleza y ámbito del proceso en el que se ha suscitado dicha cuestión de inconstitucionalidad —proceso sobre la responsabilidad penal del menor— ha de negarse la dependencia para el fallo de la constitucionalidad de los apartados cuarto y quinto del art. 17 de la ley cuestionada. Como este Tribunal tiene declarado, el examen del juicio de relevancia, “dado que la cuestión de inconstitucionalidad se suscita en el seno de un concreto y determinado proceso, ... tiene necesariamente que realizarse partiendo de la naturaleza y ámbito objetivo de ese proceso, pues la interdependencia que existe entre pretensión procesal, proceso y resolución judicial hace que el sentido y alcance de ésta vengan siempre determinados y condicionados por la clase de proceso en que se produce y por el contenido y finalidad de la pretensión que en el mismo se ejercita” (SSTC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 6; y 130/1999, de 1 de julio, FJ 2; ATC 100/2003, de 25 de marzo, FJ 2).

De otro lado, también carece de relevancia para el fallo la constitucionalidad de estos preceptos desde la óptica de la eventual ilicitud constitucional de las pruebas derivadas de aquéllas obtenidas estando el menor detenido a disposición del Fiscal, pues, en el caso, la única declaración prestada por el menor tuvo lugar en el plazo inicial de detención —de veinticuatro horas— ante la policía, y no se cuestiona la constitucionalidad de la detención policial del menor. Por consiguiente, no habiéndose realizado diligencia de prueba alguna en el marco de las catorce horas que, según el Juez proponente, duró la detención ante el Fiscal, ninguna relevancia para la eventual declaración de responsabilidad del menor puede tener, desde esta perspectiva, la constitucionalidad de los apartados 4 y 5 del art. 17 LORPM.

5. A igual conclusión sobre el juicio de relevancia debe llegarse respecto de las normas reguladoras de la responsabilidad civil (arts. 16.4, 61 a 64 LORPM), a las que se atribuye la vulneración del derecho a ser juzgado por un Juez imparcial (art. 24.2 CE). La alegada inconstitucionalidad de tales preceptos se derivaría, a juicio del órgano cuestionante, de que permitirían un contacto del Juez de menores con el material probatorio con anterioridad a la celebración de la audiencia, cuando tiene lugar la práctica de la prueba. Pues bien, en el presente caso el planteamiento de la cuestión a las partes se realiza una vez celebrada dicha audiencia, sin que hasta ese momento se hubiera practicado diligencia probatoria alguna en la pieza de responsabilidad civil previamente abierta. Por lo demás, como resalta el Fiscal General del Estado, tampoco respecto de estos preceptos justifica el órgano judicial proponente la necesidad de ser aplicados de forma contraria a la Constitución, ni argumenta que se hubiera acordado de oficio diligencia probatoria alguna. Por todo ello, es obligado concluir en la irrelevancia de tales preceptos para el fallo.

Idéntico sentido ha de tener el examen del juicio de relevancia en relación con la posibilidad de desistimiento del proceso prevista en el art. 18 LORPM, pues no se ha utilizado dicha posibilidad, y la hipótesis de que se utilice en el caso de estimarse la nulidad de actuaciones con retroacción no puede ser contemplada en este momento más que como un evento futuro e incierto, que, en atención a dicho carácter, resulta inapropiada para fundamentar una duda concreta de inconstitucionalidad como la que se sustancia en este específico proceso de inconstitucionalidad, de control concreto e incidental de la constitucionalidad de las leyes.

Por último, tampoco la resolución del caso en primera instancia depende de la aplicación del art. 41 LORPM en su redacción conforme al art. 6 y a la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 9/2000, pues la Sentencia que se dicte no ha de tenerlo en cuenta para resolver el fondo del asunto, dado que el citado precepto se ocupa de los recursos procedentes contra la resolución dictada en primera instancia por el Juez de menores.

Por consiguiente, se ha inadmitir, de conformidad con el art. 37.1 LOTC, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con los arts. 16.4, 18, 41 y 61 a 64 LORPM en

la medida en que la decisión del proceso no depende de la validez de dichas normas (art. 35.2 LOTC).

6. Sentado lo anterior, resta únicamente por analizar la tacha de constitucionalidad atribuida a los arts. 26.2 y 31 LORPM. Así perfilado el objeto del proceso hay que advertir que, con posterioridad al planteamiento y tramitación de la presente cuestión de inconstitucionalidad, los preceptos cuestionados fueron parcialmente modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modificaciones que, no obstante, no tienen efecto alguno sobre el objeto del presente proceso constitucional en la medida en que las normas cuestionadas siguen siendo aplicables en el proceso a quo y de su validez depende la decisión de adoptar en éste (STC 100/2012, de 8 de mayo, FJ 3, y doctrina allí citada), dado que la regla general es que las cuestiones de inconstitucionalidad han de ser resueltas conforme a la legislación en vigor en el momento de su planteamiento.

Conforme con ello podemos comenzar el enjuiciamiento de los preceptos cuestionados, cuyo contenido era el siguiente.

Art. 26. Diligencias propuestas por el letrado del menor. 2:

“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.”

Art. 31. Apertura de la fase de audiencia:

“Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Menores los incorporará a sus diligencias, y procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual dará traslado al letrado del menor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente, a fin de que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez

escrito de alegaciones comprensivo de los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal y proponga la prueba que considere pertinente.”

El órgano judicial razona que estas disposiciones lesionan el derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.), por no declarar obligatorio un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción y con carácter previo a la apertura de la fase de audiencia. En concreto, la inconstitucionalidad de dichos preceptos derivaría de que el art. 26.2 está partiendo de la posibilidad de que se pueda cerrar la instrucción del expediente sin que el instructor haya oído al expedientado, y de que el art. 31, que regula la apertura del trámite de audiencia, permite su apertura sin que se haya procedido a oír al menor. Sostiene el órgano judicial proponente que una de las reglas estructurales del proceso penal de adultos exigidas por el derecho al proceso con todas las garantías en nuestra jurisprudencia constitucional (citando las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre; 100/1996, de 11 de junio; 149/1997, de 29 de septiembre, entre otras), es la relativa al derecho que tiene toda persona a no ser acusado formalmente sin haber adquirido con carácter previo durante la instrucción la condición de imputado, a los efectos de que se le dé a conocer el hecho punible que se le imputa y ejercer su defensa sin límites desde ese momento, para que se le ilustre de sus derechos y especialmente del de ser asistido de letrado y para poder exponer su versión exculpatoria ante el Juez instructor. Además, no se le puede citar como testigo si existen sospechas de que haya participado en el hecho punible. Se trataría de una obligación del Juez instructor de poner en conocimiento el hecho punible atribuido para que pueda exculparse, sin que pueda darse validez de declaración como imputado a la que se haya efectuado en condición de testigo.

Se alega además que la Ley está partiendo de que la única exploración realizada al menor sea la efectuada por la policía, con lo que se estaría aceptando que “un menor pueda permanecer en estado de internamiento cautelar en centro cerrado —como es el presente caso— sin haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente, que actúa, pues, no instruyendo sino aceptando en su totalidad la práctica policial en la que tampoco ha participado en ningún momento”. La relevancia de la cuestión residiría en la dependencia de la validez de estas normas para resolver la nulidad de actuaciones instada por la letrada del menor, en relación con el hecho de que el instructor no citó al menor

para explorarle, cuestión cuya resolución se dejó sin resolver en la audiencia posponiéndose hasta el momento de dictar Sentencia.

7. En efecto, como afirma el órgano judicial proponente este Tribunal ha venido reiterando que una de las garantías contenidas en el derecho al proceso justo consiste en ser citado para adquirir la condición de imputado, conocer el hecho punible que se le atribuye, ser ilustrado de los derechos que en tal condición le asisten, especialmente el de ser asistido de letrado, declarar ante el Juez y exponer su versión exculpatoria (por todas SSTC 186/1990, 15 de noviembre de 1990, FFJJ 5, 6, 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 19/2000, de 31 de enero, FJ 5; 87/2001, de 4 de abril, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5). En este sentido, hemos dicho que “lo que prohíbe el art. 24 CE es que el inculpado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella” (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 4; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Más concretamente, hemos afirmado también que la garantía de audiencia previa “implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 [de la Ley de enjuiciamiento criminal]”; imponiéndose asimismo la exigencia de que, desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible el imputado no declare como testigo porque, a diferencia de este último, “el imputado no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 CE” (SSTC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; y 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5).

Sentado lo anterior, también hemos señalado que las reglas y garantías aplicables al proceso penal de adultos pueden modularse o llegar a excluirse al ser proyectadas al proceso penal de menores, dadas sus particulares características tanto en lo concerniente a la finalidad de las medidas, que no tienen un mero carácter represivo, sino que han de dictarse en el exclusivo interés del menor y con vistas a su efectiva reinserción, como en lo relativo al

desarrollo del proceso, donde ha de priorizarse el superior interés del menor (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6; y 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5). De modo que habría que analizar si el derecho a ser oído por el instructor antes de que finalice la instrucción y de que se presente formalmente la acusación ha de trasladarse al proceso de menores o puede ser modulado en función de otros intereses que resulten dignos de consideración. En todo caso, del planteamiento del órgano judicial resulta que su queja deriva de la falta de regulación expresa de dicho trámite de audiencia en las disposiciones que regulan la fase de instrucción del expediente. Se trataría así de una inconstitucionalidad por ausencia en la regulación de un trámite que se entiende constitucionalmente obligado.

8. El Juez cuestionante sostiene específicamente que del artículo 31 se deduce que el primer momento en el que el menor conoce de la imputación es tras la apertura de la fase de audiencia, al darle traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones del Fiscal y del expediente. Sin embargo, lo único que se infiere directamente de esta disposición es que en ese momento se dará traslado al Letrado del menor del escrito de alegaciones, pero de ella no se deriva que no sea posible u obligado que el menor conozca de la imputación en fase previa, antes de cerrar la instrucción del expediente. La ausencia de regulación de esta cuestión en el art. 31 no impide su regulación en otro lugar del articulado de la ley, ni, en última instancia, una interpretación del precepto *secundum Constitutionem*, es decir, ex art. 24.2 CE.

Así, de la lectura de los arts. 16 a 30 LORPM, que regulan la instrucción del expediente, se infiere que si bien no se ha regulado expresamente el trámite de audiencia al menor como obligación del instructor, sí ha establecido el legislador otros trámites relevantes para el ejercicio del derecho de defensa del menor en fase de instrucción, tendentes a salvaguardar —con las modulaciones derivadas de proteger los intereses del menor— las garantías que se condensan en el trámite de adquisición de la condición de imputado en el proceso penal de adultos. A estos efectos es especialmente relevante el contenido del art. 22 LORPM que preveía:

“1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.

b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Secretario del Juzgado de Menores, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado al menor de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados...”

Este precepto ha sido también modificado por la ya aludida Ley Orgánica 8/2006, si bien la modificación, consistente en atribuir al Fiscal la potestad de requerir al menor y a sus representantes legales para que designen letrado así como prever la comunicación de la designación al Juez de menores, en nada afecta a lo aquí examinado. A partir del contenido del art. 22.2 resulta que el menor tiene conocimiento de la instrucción del expediente desde el momento mismo de su incoación y que, a través del abogado —que, en caso de no ser nombrado por él, será designado de oficio en ese momento—, podrá intervenir desde el principio en la fase instructora del expediente y proponer las diligencias que estime pertinentes, de manera que queda salvaguardado el derecho del menor a intervenir en el procedimiento. De otra parte, el art. 22.1 a) especifica el deber del Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de informar al menor de los derechos que le asisten, desde el momento mismo de la incoación del expediente. La única diferencia que se observa respecto de lo

requerido en el proceso penal de adultos reside en que dicho conocimiento —de los hechos que se le imputan y de sus derechos—, no lo adquiere directamente el menor en un encuentro personal con el instructor en todo caso, pues la incoación del expediente puede conocerla a través de su notificación por escrito y la ilustración de sus derechos puede ser llevada a cabo por la policía.

Esta falta de encuentro personal con el instructor, con las funciones ya mencionadas o a los efectos de que éste oiga la versión exculpatoria del menor, no aparece ciertamente como un trámite obligatorio, siempre y en todo caso, de la instrucción del expediente. Ahora bien, ni ello significa que no lo sea en ciertos casos por prescripción de la propia ley, ni tampoco que su ausencia no se vea colmada por la audiencia ante el órgano judicial. Así, por una parte, resulta obligado que el instructor oiga al menor cuando así se le solicite por el Letrado, pues así se infiere del apartado segundo del art. 26 en relación con su apartado primero. Si el art. 26.1 prevé la posibilidad de que el instructor inadmita mediante resolución motivada alguna de las diligencias propuestas por el Letrado del menor, a esta regla general se sustrae la solicitud de declaración del menor, ya que, con absoluta claridad, el art. 26.2 establece que “el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente”. Es decir, que una vez pedida la declaración del menor por el Letrado, el instructor tiene obligación de recibirle declaración. A ello, por lo demás, no se opone el último inciso del art. 26.2, pues lo único que señala, de otra parte de forma innecesaria, es que dicha obligación de recibir declaración al menor decae si se solicita de forma extemporánea, es decir, cuando “hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores”. De esta manera, el Fiscal no puede denegar la declaración salvo que se haya solicitado de forma extemporánea.

Por otra parte, la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores prevé que el menor sea oído antes de acordar su internamiento. Así, el art. 22.1 d) establece que es derecho del menor el ser oído por el Juez o Tribunal “antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente”. De modo que, si bien es cierto que puede acordarse el internamiento del menor sin que el instructor le haya oído, no lo es menos que, siendo derecho del menor el ser oído por el Juez, que es el competente para acordar el internamiento del menor, si se le solicita tampoco éste puede negarse.

Por lo demás, la inexistencia de un trámite obligatorio de audiencia del menor ante el fiscal instructor tiene un fundamento consistente y razonable en la necesaria evaluación del interés individual de cada menor. La reducción de trámites procesales durante la instrucción del expediente, así como todo el proceso penal de menores, se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puede ocasionarle. Dicha ponderación del interés del menor constituye también la razón que justifica que la Ley no exija que el conocimiento por el menor del hecho imputado y de los derechos que le asisten se realice en un encuentro personal ante el Fiscal instructor. Ahora bien, dicha inicial ponderación, a realizar por el Fiscal, no obsta a que si el Letrado del menor, estimándolo necesario para la defensa de éste, solicita esta diligencia, resulte obligatorio para aquél recibir declaración al menor.

9. En definitiva, si, como recuerda la ya citada STC 18/2005, de 1 de febrero, FJ 5, lo que se persigue con las exigencias asociadas al art. 24.2 CE que deben cumplirse en la fase de instrucción es “garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aun en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3 c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6 c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5 b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4]”, podemos descartar que los preceptos cuestionados vulneren la Constitución. En la medida en que quedan salvaguardados los derechos del menor a conocer el hecho punible que se le atribuye, a conocer los derechos que le asisten, y a intervenir en el procedimiento ejerciendo su derecho de defensa, a los efectos de que no haya acusación sorpresiva, desde el momento de la incoación del expediente (art. 22 LORPM), aunque no sea a través de una entrevista personal con el Fiscal instructor, y en la medida en que, como no podía ser de otra manera, la Ley no prohíbe que el instructor reciba declaración al menor cuando lo estime pertinente y sí impone la práctica de esta diligencia siempre que se solicite en plazo por el Letrado del menor (art. 26.2 LORPM), debe, en suma, descartarse la alegada inconstitucionalidad de los arts. 26.2 y 31 LORPM, por no ser contrarios al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

En todo caso, lo afirmado no obsta a que el Juez proponente pueda considerar constitucionalmente reprochable la actuación del instructor en el caso concreto, en función de las circunstancias de éste y específicamente de las del menor, cuyo enjuiciamiento sólo a él compete, pues, en definitiva, es él quien puede valorar si la facultad legalmente atribuida al instructor ha sido utilizada de forma constitucionalmente correcta.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1º Inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 16.2 y 4, 17.4 y 5, 18, 23.3, 26.1 y 3, 28.2, 33 e), 41, y 61 a 64 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

2º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a cinco de julio de dos mil doce.

10 STC 160/2012, de 20 de septiembre de 2012

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Pascual Sala Sánchez, Presidente, don Ramón Rodríguez Arribas, don Manuel Aragón Reyes, don Pablo Pérez Trepms, doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, doña Encarnación Roca Trias, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré y don Juan José González Rivas, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001, planteada por el Juzgado Central de Menores, sobre el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica 5/2000 en relación con delitos de terrorismo. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. . El día 19 de noviembre de 2001 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal Constitucional oficio del titular del Juzgado Central de Menores de Madrid al que se adjuntaba testimonio de las actuaciones correspondientes al expediente de reforma núm. 3-2001, en cumplimiento del Auto del mismo órgano jurisdiccional de 2 de noviembre de 2001, que se acompañaba, por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante, LORPM), introducido por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación del Código penal (CP) y de la Ley Orgánica 5/2000

en relación con delitos de terrorismo, por su posible contradicción con los arts. 14 y 25.2 de la Constitución.

2. Los antecedentes procesales de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Como consecuencia del atestado realizado por la Policía Autónoma del País Vasco por un posible delito de terrorismo, la Fiscalía de Menores de la Audiencia Nacional incoó expediente núm. 3-2001 contra el menor I.R.R. que, tras la debida instrucción, fue elevado al Juzgado Central de Menores para su enjuiciamiento. Los hechos fueron calificados por el Ministerio Fiscal como constitutivos de un delito de incendio en grado de tentativa (arts. 351 y 16 CP) y un delito de tenencia de sustancias inflamables con fines terroristas (art. 577 CP), solicitando una medida de internamiento en régimen cerrado por tiempo de un año. Por Auto de 9 de marzo de 2001, el Juzgado Central de Menores acordó como medida cautelar el internamiento del menor en régimen cerrado durante tres meses, que fue revocado mediante Auto de 25 de abril de 2001, tras la solicitud de cese del Fiscal y la Letrada del menor, y a partir del contenido especialmente positivo de los informes evacuados por el centro donde se hallaba internado el menor.

b) Realizada la pertinente audiencia, el Juzgado Central de Menores dictó Auto de 6 de octubre de 2001 por el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 35.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), decidió oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posible inconstitucionalidad del precepto ahora cuestionado. En dicho Auto se estimó probado que el menor, nacido el 8 de abril de 1984, en unión de dos personas más y con los rostros cubiertos con pasamontañas, decidieron quemar una oficina de Seguros Bilbao en San Sebastián, acción que pretendían llevar a cabo en el marco de la actividad organizada por el movimiento radical independentista del País Vasco. Para tal fin, el menor trasladó en su mochila tres botellas conteniendo gasolina que repartió a las personas que iban con él, disponiéndose a arrojarlas contra la fachada de la entidad pero sin llegar a hacerlo por impedirlo la actuación de unos escoltas privados, quienes detuvieron al menor tras una persecución. Asimismo, en el apartado

de los hechos se recogió también lo siguiente: “Ha quedado acreditado que I.R. es un joven que en la actualidad está completamente rehabilitado y socializado habiendo concluido el curso académico favorablemente estudiando en la actualidad el siguiente con toda normalidad y prestando sus servicios en el verano en una O.N.G. Durante su estancia en el centro de internamiento ‘El Madroño’ de esta ciudad su comportamiento fue ejemplar y conforme la dirección del mismo no sería en absoluto conveniente su reingreso en el mismo. Se ha mostrado desde las primeras diligencias muy arrepentido del acto enjuiciado y conforme al equipo técnico que lo ha ido examinando no necesita medida de internamiento en régimen cerrado debido a su perfecta integración social y familiar siendo incluso contraproducente separarlo de este medio atribuyendo el acto cometido a presiones externas de determinados círculos juveniles con los que contactó en su momento”.

c) Cumplimentado el trámite de alegaciones, en el que la Letrada del menor se adhirió a la procedencia de planteamiento de la cuestión y el Ministerio Fiscal argumentó la adecuación del precepto a la Constitución, el Juzgado Central de Menores dictó Auto de 2 de noviembre de 2001 en el que acordó el planteamiento de la presente cuestión de constitucionalidad.

3. El Auto de planteamiento cuestiona la constitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que dispone lo siguiente.

Disposición adicional cuarta:

“Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

...

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

...

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.”

Las dudas de constitucionalidad se circunscriben al último inciso del citado precepto, y además es concretada en relación con la imposibilidad de aplicar la figura de la suspensión de la ejecución del fallo (recogida en el art. 40 LORPM) a los autores de un delito de terrorismo mayores de 16 años. Considera el órgano promotor de la cuestión que el citado precepto vulnera los arts. 14 y 25.2 CE.

a) La vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE) es fundamentada en que el precepto, al restringir la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución del fallo a los supuestos de terrorismo, introduce una diferencia de trato con otros supuestos de delitos graves que no resulta justificada, a la luz de los principios que presiden la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Así, respecto de otros menores con más de 16 años que cometan delitos graves, el art. 9.5 LORPM limita la aplicación de figuras como la modificación o sustitución hasta al menos el cumplimiento del primer año de internamiento, pero no excluye la posibilidad de acudir a la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad, ni es tampoco de aplicación automática, a diferencia de los supuestos delictivos previstos en la disposición adicional cuarta, que ven también excluida esa opción hasta el cumplimiento de la

mitad de la medida. Citando la STC 181/2000, de 29 de junio, considera, en conclusión, que tal diferenciación constituye un trato desigual para determinados menores, que carece de justificación.

b) Aprecia también el Juzgado promotor de la cuestión la inconstitucionalidad del precepto en relación con el art. 25.2 CE, en la consideración de que la imposibilidad de que el órgano judicial pueda suspender la ejecución de la medida desatiende completamente la orientación resocializadora que, especialmente en el ámbito de la responsabilidad de los menores, debe presidir la aplicación de las medidas privativas de libertad, pues impide atender a supuestos en los que, como el presente, el menor no sólo no necesita del internamiento como medida de reinserción social, sino que resulta disfuncional para tal fin. Razona a este respecto que, si bien la doctrina constitucional (STC 150/1991, de 4 de julio) sostiene que el fin de resocialización no es el único fin legítimo de la pena, de la misma puede concluirse también que dicha finalidad no puede abandonarse completamente. A ello añade que la previsión legal cuestionada contradice los presupuestos de partida de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tal como aparecen declarados en la exposición de motivos, impidiendo al juzgador determinar de manera flexible las necesidades de reinserción social y atender, así, al superior interés del menor; y que ello, además, es contrario a la propia Constitución.

4. Mediante providencia de 4 de junio de 2002, la Sección Segunda de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegase lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad, por si estuviera notoriamente infundada.

5. El Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha 24 de octubre de 2002, interesando la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundada. En relación con la alegada contradicción del precepto cuestionado con el art. 14 CE, considera el Fiscal General del Estado que la aplicación de la doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad (citando las SSTC 181/2000 y 190/2001) evidencia la falta de fundamento de la cuestión en este punto, pues las diferencias presentes en el precepto

no se basan en categorías de personas, sino en virtud de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad del ilícito, que se aplica por igual a todas las personas que lo cometan. Y en lo tocante a la vulneración del art. 25.2 CE, su vigencia no es contraria a la necesidad de que deba transcurrir un mínimo de tiempo de cumplimiento de la medida impuesta para que pueda suspenderse la ejecución.

6. Por providencia de 27 de abril de 2004, la Sección Segunda de este Tribunal acordó incorporar a las actuaciones el escrito presentado por el Fiscal General del Estado y admitir a trámite la cuestión, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaran convenientes, y publicar la incoación de la cuestión en el “Boletín Oficial del Estado” (lo que se cumplimentó en el “BOE” núm. 117, de 14 de mayo de 2004).

7. Con fecha de 11 de mayo de 2004, el Presidente del Senado comunicó que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en el proceso y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

En la misma fecha, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo de la Mesa de la Cámara de no personarse ni formular alegaciones, y de poner a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

8. A través de escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 18 de mayo de 2004 el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, evacuó el trámite de alegaciones conferido suplicando la desestimación de la cuestión planteada. Razona, en primer lugar, que habiendo dado cuenta la jurisprudencia constitucional de que la orientación a la rehabilitación social no es el único de los fines de las penas privativas de libertad, no habría de

verse en la norma cuestionada la contradicción con uno de los fines, sino predominio de otro. A ello añade que la restricción establecida por el legislador no ha de considerarse un exceso o desproporción puesto que su ámbito de aplicación se restringe a los mayores de 16 años, constituyendo una aproximación al sistema penal común. Por otra parte, manifiesta que la decisión del legislador de modular el régimen de cumplimiento en función de la gravedad de las conductas no atenta contra ningún principio constitucional, ni tampoco contra los presupuestos generales de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

9. El Fiscal General del Estado, mediante escrito de alegaciones presentado el 1 de junio de 2004, solicitó la desestimación de la cuestión de constitucionalidad. Comienza por poner de manifiesto, a los efectos de delimitar el planteamiento de la cuestión, que contrariamente a lo que parece desprenderse del Auto del órgano promotor de la cuestión, el precepto legal no reduce su aplicación a los delitos de terrorismo, sino que también es de aplicación a los menores que hubiesen cometido delitos de homicidio, asesinato, agresión sexual, violación y cualquier otro delito con pena igual o superior a quince años de prisión, por lo que la comparación en que se basa el juicio de igualdad deberá efectuarse en esos términos.

Sentado lo anterior, comienza por analizar la alegada quiebra del derecho a la igualdad (art. 14 CE). Reiterando, en esencia, lo que ya afirmara en el escrito de alegaciones evacuado con arreglo al art. 37.1 LOTC, afirma que la distinción plasmada en la norma no se basa en determinadas categorías de personas, sino en un elemento objetivo como es la gravedad de los delitos, y se aplica por igual a todos los que los hayan perpetrado. Aunque se ha introducido una diferencia de tratamiento en la regulación jurídica de la suspensión de la ejecución de las medidas de internamiento, ello se ha hecho sin infringir la prohibición que sobre el legislador pesa de configurar el supuesto de hecho de la norma en cuestión, de manera que no se otorga distinto tratamiento a quienes se encuentren en la misma situación o tomando en consideración circunstancias prohibidas constitucionalmente o que no guarden relación con el fin de la norma, ya que, por una parte, no se hallan en la misma situación quienes cometan algunas de las infracciones tenidas en cuenta en el precepto que quienes cometan otros delitos, ni está prohibido constitucionalmente que se tome en consideración tal diferencia; por otra parte, guarda relación con el fin de la norma que se requiera un mínimo de cumplimiento de la medida impuesta para poder acordar la suspensión del resto, como lo revela el hecho de que la propia Ley Orgánica

reguladora de la responsabilidad penal de los menores se tome en consideración dicho presupuesto para acordar la modificación o sustitución de la medida acordada (art. 9.5).

En lo atinente a la contradicción del precepto con el principio de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), manifiesta que la exigencia de un mínimo temporal previo a la posibilidad de suspensión no establece ninguna excepción a la vigencia de dicho principio, puesto que durante el internamiento es de plena aplicación el principio resocializador. Ello explica que se puedan establecer excepciones al principio de flexibilidad que inspira la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, de suerte que, siendo la regla general que la medida deba adaptarse a las circunstancias personales del menor, nada impide que, en algunos casos, el legislador asegure un mínimo de cumplimiento que permita comprobar, durante su transcurso, que el menor no simula, sino que son verdaderas las circunstancias que en el mismo transcurren y que aconsejan la modificación o suspensión de la medida.

Sentado lo anterior, y después de rechazar, frente a lo afirmado por la representación del menor, que los tratados internacionales sobre la infancia proporcionen argumentos para sostener la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, termina el Fiscal General del Estado planteando si pudiera ésta vulnerar otros preceptos constitucionales (art. 39.2 LOTC). A este respecto, manifiesta que conviene contemplar su compatibilidad con el art. 24.1 CE en la medida en que pudiera contravenir “los principios que inspira nuestro Derecho Penal Juvenil, singularmente los de flexibilidad y proporcionalidad para la elección y duración de la medida, que pueden configurar un verdadero derecho a que la duración de la medida de internamiento se condicione a las circunstancias personales, familiares y sociales del menor expedientado así como a su propio interés (arts. 7.3, 14.1, 40 y 51 LORPM), cuyo derecho resultaría difícilmente tutelable por los Tribunales en casos como el presente, en el que cualquiera que sea la evolución del menor durante la instrucción del expediente y/o el cumplimiento de la medida, la duración de la medida no sería susceptible de acortamiento o de suspensión de su cumplimiento hasta que hubiese transcurrido el mínimo señalado por la norma”. No obstante, concluye el Fiscal General del Estado que esa posible incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) puede ser desplazada a partir de una interpretación sistemática del precepto cuestionado, trasladando la exigencia de que la conducta revista “extrema gravedad” (prevista en el art. 9.5 LORPM) como condición para no aplicar durante el primer año del internamiento las figuras de la

modificación o sustitución de la medida) a la disposición adicional cuarta, y restringiendo con ello la aplicación de la previsión legal cuestionada a los casos que conlleven ese requisito.

10. Por providencia de 18 de septiembre de 2012 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado Central de Menores cuestiona la constitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), introducida por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, por posible vulneración de los artículos 14 y 25.2 CE. El Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado interesan la desestimación íntegra de la cuestión.

El texto completo del precepto cuestionado es el siguiente:

“Disposición adicional cuarta. Aplicación a los delitos previstos en los artículos 138, 139, 179, 180, 571 a 580 y aquellos otros sancionados en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años.

...

2. A los imputados en la comisión de los delitos mencionados en el apartado anterior, menores de dieciocho años, se les aplicarán las disposiciones de la presente Ley Orgánica, con las siguientes especialidades:

...

c) Cuando alguno de los hechos cometidos sea de los previstos en esta disposición adicional y el responsable del delito fuera mayor de dieciséis años, el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años, con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de la regla 5ª del artículo 9 de esta Ley Orgánica. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 14, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido, al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.”

2. Con carácter preliminar al análisis de fondo de la cuestión, es preciso efectuar una serie de consideraciones.

a) En primer lugar, debe delimitarse el concreto alcance de la cuestión planteada por el órgano judicial. Como se ha expuesto con mayor detalle en los antecedentes, la duda de constitucionalidad no se proyecta sobre todo el apartado 2 c), sino únicamente sobre su último inciso, que restringe las posibilidades de modificar, sustituir o suspender la aplicación de la medida de internamiento hasta el cumplimiento de la mitad de su duración en los supuestos de comisión de los delitos de homicidio, asesinato, violación, delitos contra la libertad sexual agravados, delitos de terrorismo y otros delitos con pena superior a quince años de prisión. Además, el planteamiento de inconstitucionalidad es concretado por el órgano judicial respecto de la restricción sobre la suspensión de la ejecución del fallo (recogida en el art. 40 LORPM), sin cuestionar la referida a la modificación y sustitución de la medida de internamiento, que también se establecía en el art. 9.5 LORPM durante el primer año de cumplimiento de la medida para hechos de especial gravedad.

b) De otra parte, es preciso también analizar si la modificación legal sufrida por el precepto con posterioridad al planteamiento de la cuestión puede dar lugar a la desaparición sobrevenida del objeto de este procedimiento. La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, deroga la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000, incorporando su contenido en distintos preceptos de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los

menores. Así, concretamente, el contenido del apartado 2 c) de dicha disposición adicional — objeto de la presente cuestión— pasa a formar parte del apartado 2 b) del artículo 10 LORPM, en los siguientes términos:

“Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

...

b) Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.”

Como recuerda la STC 131/2010, de 2 de diciembre, FJ 2, a diferencia de lo que sucede en los recursos de inconstitucionalidad, en los que, como regla general y salvo que se trate de una controversia competencial, la derogación de la norma legal impugnada supone la pérdida de objeto del proceso (por todas, SSTC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 2, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 3), en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 3, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). La aplicación de la anterior doctrina conduce a descartar la pérdida de objeto en el presente caso, pues la introducción de la Ley Orgánica 8/2006 sólo ha supuesto una reubicación sistemática de la norma cuestionada, sin que, en lo relativo a las circunstancias fácticas del procedimiento de

menores que ha dado lugar a la presente cuestión, haya supuesto una modificación en su contenido, siendo por tanto plenamente aplicable al mismo.

c) Sentado lo anterior, conviene también poner de manifiesto con carácter previo —por lo que de relevante tiene para el alcance de nuestro enjuiciamiento—, que el control de la ley penal que este Tribunal tiene asignado debe venir presidido, en todo caso, por el reconocimiento de la competencia exclusiva del legislador para el diseño de la política criminal, correspondiéndole un amplio margen de libertad, dentro de los límites de la Constitución, para la configuración tanto de los bienes penalmente protegidos y los comportamientos penalmente reprobables, como del tipo y la cuantía de las sanciones penales, o la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 163/1999, de 20 de julio, FJ 23; 127/2009, de 26 de mayo, FJ 8; 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7). El juicio de constitucionalidad que nos atañe no se ocupa, en consecuencia, de cuestiones referidas a la eficacia, conveniencia o acierto técnico de la norma, sino únicamente a enjuiciar si se han respetado los límites externos que a la intervención legislativa imponen los principios constitucionales invocados por el órgano cuestionante (en igual sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4). Por tal razón, una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirma nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6).

3. Adentrándonos ya en el fondo de las dudas de constitucionalidad formuladas por el Juzgado Central de Menores, procederemos en primer lugar, invirtiendo el orden expuesto en el Auto de planteamiento, a enjuiciar la compatibilidad del precepto con el art. 25.2 CE, pues las conclusiones que se obtengan de ese análisis sentarán, en buena medida, las bases del juicio de razonabilidad y proporcionalidad que impone el derecho a la igualdad (art. 14 CE). Tal como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes, la contrariedad al art. 25.2 CE que alega el Juzgado Central de Menores viene fundamentada en que el precepto cuestionado impide al juez aplicar, para determinados delitos especialmente graves, la suspensión de la ejecución de la medida de internamiento hasta al menos la mitad de su cumplimiento, desatendiendo con ello, a juicio del Juzgado, la imprescindible flexibilidad que debe imperar en la aplicación de las

medidas privativas de libertad de los menores y, en última instancia, las necesidades de resocialización y reinserción social del menor infractor.

a) Desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, este Tribunal ha venido afirmando que el art. 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato constitucional dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, que como tal puede servir de parámetro de constitucionalidad de las leyes (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 2; 28/1988, de 23 de febrero, FJ2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; y 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4). Junto a ello, ya en el citado Auto destacamos también que dicho precepto “no establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad” (también, SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2); por ello, de la mención de que las penas y las medidas de seguridad deberán estar orientadas a tales finalidades, no se deriva que tales fines sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de libertad ni, por lo mismo, que haya de considerarse contraria a la Constitución “la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicha finalidad” (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9, citando el ATC 780/1986, de 19 de noviembre; 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6; y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2).

Debe tenerse presente también, como dijimos en la STC 120/2000, de 10 de mayo, que el mandato que establece el art. 25.2 CE “opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema en el que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena” (FJ 4). En este sentido, hemos afirmado que la figura de la suspensión condicional de la pena —trasunto en el Derecho penal de adultos de la figura de la suspensión del fallo recogida en el art. 40 LORPM— “constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el art. 25.2 CE”, para cuya aplicación deben ponderarse distintos factores, tales como “las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad” (STC 110/2003,

de 16 de junio, FJ 4; 248/2004, de 20 de diciembre, FJ 4; 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 2; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 2).

b) Resulta indudable que, dada su naturaleza aflictiva y sancionatoria, las medidas previstas en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se insertan en la órbita de aplicación del art. 25.2 CE, debiendo por tanto estar orientadas, por mandato constitucional, hacia la reeducación y reinserción social de los menores infractores. De hecho, una de las particulares características del sistema penal de menores, que lo diferencia del de adultos, radica precisamente en la prioridad que el legislador ha otorgado al cometido de resocialización y reinserción social frente a otras finalidades que pueda conllevar la aplicación de sus medidas, las cuales —como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000— “fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas a la efectiva reinserción y el superior interés del menor”.

A este respecto, en la STC 36/1991, de 4 de julio, tuvimos ocasión de destacar las “especiales características de esta jurisdicción, en donde las medidas a imponer no tienen la consideración de penas retributivas de conductas ilícitas, sino de medidas correctoras, aun cuando restrictivas de los derechos fundamentales del menor, siendo impuestas en atención a las condiciones del mismo y susceptibles de adaptación en atención a las circunstancias del caso y a la eventual eficacia de la medida adoptada, primándose así la necesaria flexibilidad que tanto para la adopción de tales medidas como para el mantenimiento de éstas ha de regir la actividad jurisdiccional de la materia” (FJ 8). En todo caso, y si bien las notas de finalidad resocializadora y de flexibilidad en la aplicación de las medidas siguen caracterizando la justicia penal de menores, es importante poner de manifiesto que las aseveraciones expresadas en nuestra Sentencia iban referidas al modelo correccional plasmado en la Ley y el Reglamento sobre tribunales tutelares de menores, introducido por Decreto de 11 de junio de 1948, y basado en premisas distintas al actualmente vigente. Resulta procedente resaltar brevemente esas diferencias, para la correcta ponderación del mandato recogido por el art. 25.2 CE con la naturaleza de la medida de internamiento que se halla en la base de la cuestión de constitucionalidad planteada.

En palabras de la citada STC 36/1991, FJ 5, la regulación aprobada en 1948 estaba “inspirada en el modelo positivista y correccional, que considera al menor irresponsable de sus actos, al que no se han de aplicar, para examinar su conducta, las garantías jurídicas de otras jurisdicciones, por entender que no es posible imponerle medidas de carácter represivo que no tengan la consideración de penas o sanciones”. Con el antecedente de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, que procedió a una reforma parcial y urgente de dicha regulación como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley de tribunales tutelares de menores por la precitada STC 36/1991, la Ley Orgánica 5/2000 introdujo un nuevo modelo de respuesta a los hechos delictivos cometidos por menores, configurando un modelo político-criminal basado en la atribución de responsabilidad del menor, tras un procedimiento judicial ágil y poco formalista, si bien revestido de las garantías establecidas en el art. 24 CE. La exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 expone en este sentido que la nueva legislación “tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los infractores menores de edad”. Así, en la vigente legislación el menor es declarado responsable de sus actos y la medida impuesta se concibe como una respuesta sancionatoria a dicha declaración de responsabilidad; no obstante, tal como la exposición de motivos menciona, se rechazan presupuestos propios del Derecho penal de adultos como la retribución y la consiguiente proporcionalidad entre la infracción cometida y la gravedad de la sanción, situando en un primer plano el interés del menor y la finalidad de reinserción social.

Como ya ha sido expuesto, el precepto cuestionado se introduce con la Ley Orgánica 7/2000, que modifica, antes de su entrada en vigor, la Ley Orgánica 5/2000 en relación con los delitos de terrorismo. El legislador justifica la reforma en la creciente participación de menores en la actividad terrorista, poniendo de manifiesto que no se persigue excepcionar para esos supuestos la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, sino que la aplicación de las medidas rehabilitadoras pueda desarrollarse en condiciones ambientales favorables, con apoyos técnicos especializados y por tiempo suficiente para hacer eficaz el proceso rehabilitador. A este respecto, la doctrina científica ha venido poniendo de manifiesto que con dicha reforma se introduce una línea político-criminal complementaria y parcialmente divergente a la que inspiró la Ley Orgánica 5/2000, orientada a introducir en la legislación penal de menores elementos de prevención general y prevención especial negativa (inocuidación) para supuestos delictivos de

especial gravedad; esa línea queda reflejada en la exposición de motivos de la citada Ley Orgánica 8/2006, en la que el legislador justifica que el “interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional”.

4. Llegados a este punto, procede poner de manifiesto que el cometido esencial del sistema penal —que engloba también la legislación penal de menores— radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad, para lo cual el legislador se ve obligado a establecer un complejo entramado de sanciones y medidas privativas de derechos que operan en diferentes estratos temporales —desde la conminación abstracta hasta el momento de ejecución efectiva de la sanción impuesta— y con distintas finalidades. Así, hemos afirmado que el legislador penal, para fijar la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, “ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena” (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6 y 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9).

La reinserción social es una de esas finalidades, a la que, según mandato constitucional (art. 25.2 CE), deben estar orientadas las penas y medidas privativas de libertad, pero no es el único cometido con que las penas operan en aras a satisfacer el fin de protección de bienes jurídicos, ni debe ser esa, como hemos venido reiterando, la interpretación que haya de hacerse del precepto constitucional (SSTC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6 y 299/2005, de 21 de noviembre, FJ 2). Debe resaltarse, en este sentido, que “el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la administración por él creada, según se desprende de una interpretación lógica y sistemática de la regla” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 9), Cabe afirmar, así, que la finalidad de reinserción social se proyecta esencialmente sobre la fase de ejecución, en la que se materializa la afección al derecho a la libertad (art. 17.1 CE) de quien resulta penalmente sancionado, pero ha de armonizarse con otros fines legítimos de la pena, que adquieren mayor protagonismo en otros momentos de intervención del ius puniendi. En particular, la finalidad de prevención general, tanto en su vertiente de disuasión de potenciales delincuentes mediante la amenaza de pena, como de reafirmación de la confianza de los ciudadanos en el respeto de las normas penales, constituye igualmente un mecanismo irrenunciable para el cometido de protección de bienes jurídicos.

Ese complejo entramado de funciones de la pena no funciona sin tensiones, en la medida en que lo necesario para la satisfacción de la prevención general, en lo relativo a la decisión sobre el si y el cuánto de la pena a imponer, puede no ser lo idóneo o lo más aconsejable desde la óptica de la reinserción social, siendo labor del legislador, dada su competencia exclusiva para el diseño de la política criminal (entre otras, las ya citadas SSTC 203/2009, de 27 de octubre, FJ 5 y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7), la articulación de las relaciones entre ellos, a partir de los instrumentos de que dispone. Expresión de una decisión de esa índole es, por ejemplo, la de limitar la aplicación de las figuras de la suspensión y la sustitución a penas máximas de dos años, tal como se recoge, respectivamente, en los arts. 80.1 y 88.1, párrafo 2 CP; de modo que, aun cuando pudiera considerarse que el autor de un delito con pena superior a la prevista en dichos preceptos no necesita del ingreso en prisión para su reinserción social, necesidades de prevención general justificarían la privación de libertad.

Sin lugar a dudas, a esa misma lógica, referida a la necesidad de articular distintas finalidades de la sanción penal, responde la decisión legislativa cuya constitucionalidad es cuestionada por el órgano judicial, imponiendo el legislador, por razones derivadas del telos de la prevención general, la aplicación de una medida de internamiento al menor sin posibilidad de suspensión hasta la mitad del cumplimiento de la fijada en Sentencia, aun cuando pudiera concluirse —tal como, de hecho, considera el órgano judicial que acontece en el caso concreto— que el menor no precisa de reinserción social. En este sentido, no sobra poner de relieve que, de igual modo que en el Código penal y por idénticas razones de prevención general, la posibilidad de suspender la ejecución de la medida de internamiento prevista en el art. 40 LORPM —en cuya restricción para determinados delitos de especial gravedad funda el órgano judicial su planteamiento— queda también limitada a medidas inferiores a dos años de duración.

5. Resultando irrenunciable, como hemos afirmado, para el cometido final de protección de bienes jurídicos esenciales la finalidad de prevención general de la pena, no puede rechazarse que dicha función haya de ser también predicable de las medidas previstas en la legislación penal de menores, entendiendo —como hemos visto que ha hecho el legislador— que las mismas se legitiman también por sus posibles efectos de conminación a los menores infractores y de reafirmación de la vigencia de las normas penales en la ciudadanía. Sin lugar a dudas, como ya hemos puesto de manifiesto una de las más relevantes particularidades de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores es el mayor protagonismo que ostenta la función de reinserción social, pero de ello, ni cabe concluir que el legislador haya prescindido de otros fines necesarios de la pena, ni, en lo que al juicio que a nosotros compete —que procede recordar que no atañe a la eficacia, conveniencia o calidad de la norma (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3 y 151/2009, de 25 de junio, FJ 4)—, debe derivarse que exista un mandato constitucional de que la legislación penal de menores deba legitimarse exclusivamente en atención a tal finalidad.

En conclusión a lo afirmado, el análisis de la inconstitucionalidad del precepto de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores no puede partir de su compatibilidad con el mandato de reinserción social como finalidad exclusiva y excluyente de las sanciones privativas de libertad; por el contrario, nuestro enjuiciamiento deberá atender a su

armonización con otros fines legítimos de las medidas privativas de libertad, analizando tanto el grado en que se reducen las posibilidades de articulación de la reinserción social —pues, sin lugar, a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE—, como si ello aparece justificado por un fin legítimo.

Por lo demás, lo acabado de afirmar permite, ya en este momento, despejar la duda que suscita el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones, referida a la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), centrada en la necesidad de que los Tribunales puedan tutelar el derecho del menor a que la duración de la medida se condicione a sus circunstancias personales, familiares y sociales así como a su propio interés (arts. 7.3, 14.1, 40 y 51.1 LORPM). Vulneración, por lo demás, descartada por el mismo Fiscal General del Estado, por cuanto considera que la interpretación sistemática de la norma permite concluir que el régimen previsto en la disposición cuestionada no excluye la ponderación por el órgano judicial de la exigencia de extrema gravedad en la conducta a la que hace referencia el art. 9.5 de la misma Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

6. Delimitada la forma que ha de revestir nuestro enjuiciamiento, procede recordar que la duda de constitucionalidad del órgano judicial se circunscribe a la limitación que efectúa la disposición adicional cuarta sobre la posibilidad de aplicar la suspensión de la ejecución de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su duración, para los supuestos de comisión por infractores mayores de dieciséis años de los delitos de homicidio, asesinato, violación, delitos de terrorismo y otros delitos con pena superior a quince años de prisión.

a) Lo primero que es preciso poner de manifiesto es que el citado precepto, si bien reduce la flexibilidad de aplicación de las medidas que impera en la legislación penal de menores, no cierra completamente la posibilidad de atender a necesidades preventivo-especiales, pues permite que, una vez superada la mitad de la medida, el juez pondere la necesidad de mantener el cumplimiento de la misma y, en caso de no considerarlo así, acuerde la suspensión de su ejecución.

b) En segundo lugar, es importante atender al hecho de que el precepto cuestionado no se aplica a todos los menores infractores, sino que restringe su ámbito de aplicación a los mayores de dieciséis años, partiendo, en consecuencia, de una ponderación entre las necesidades de prevención general y la particularidad que presentan los menores de edad respecto a la atribución de culpabilidad por los actos realizados. El legislador, en atención al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) ha fijado en la cifra de los dieciocho años la mayoría de edad penal, considerando que los infractores menores de esa edad no cabe atribuirles plena imputabilidad penal y asignándoles, por esa razón, un régimen legal específico y diferenciado del de los adultos, pero es indudable que la imputabilidad penal es una medida graduable y que puede atribuirse en mayor grado cuanto más elevada sea la edad del infractor al tiempo de comisión de la infracción. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que la propia Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece un tratamiento diferenciado —en aspectos tanto sustantivos como procesales— en función de la división en dos tramos de los destinatarios de la ley, tal como se expone en la exposición de motivos: de catorce a dieciséis años el primero, y de dieciséis a dieciocho el segundo. Desde esa perspectiva, resulta razonable concluir que la restricción de parámetros de prevención especial —cuya particular relevancia en la legislación penal de menores se justifica precisamente en su menor culpabilidad— ofrecerá mayor legitimidad cuanto más se aproxime la edad del menor infractor a la que demarca la frontera con la mayoría de edad penal, ámbito éste en el que la prevención general ostentará mayor protagonismo en el diseño político-criminal del sistema penal.

c) Relevante también ha de ser, en tercer lugar, el dato de que el ámbito de aplicación del precepto cuestionado está restringido no sólo a los menores por encima de dieciséis años, sino además respecto de la comisión de determinados delitos cuya característica común radica en su particular gravedad, por cuanto atentan a los más esenciales bienes jurídicos de la persona —la vida, la libertad e indemnidad sexuales— y la sociedad —delitos de terrorismo— o porque, en todo caso, el Código penal determina para ellos una sanción superior a quince años de prisión. La necesidad de protección de los bienes jurídicos más valiosos permite justificar un mayor énfasis de los mecanismos preventivo-generales de la pena y, consiguientemente, la reducción de la aplicación de instrumentos preventivo-generales, tales como la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad que contempla el precepto cuestionado.

En conclusión a todo lo afirmado, y enfatizando una vez más, con la STC 150/1991, de 4 de julio, que “el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, especial trascendencia constitucional— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal” (FJ 4), el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta introducida por la Ley Orgánica 7/2000 no es contrario al art. 25.2 CE, puesto que, de una parte, no impide totalmente atender a necesidades de reinserción social y, de otra, la limitación que sí establece se halla restringida a supuestos delictivos de especial gravedad cometidos por infractores con edad superior a dieciséis años, en los que el fin de protección de bienes jurídicos puede precisar una mayor atención a funciones legítimas de prevención general.

7. La segunda objeción que efectúa el órgano judicial se basa en la incompatibilidad del precepto con el derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), en el entendimiento de que el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta da lugar a una situación de desigualdad para los menores autores de delitos de terrorismo, en cuanto impide aplicar para tales casos la suspensión de la ejecución del fallo, a diferencia de lo que el art. 9.5 LORPM [en la redacción de la Ley Orgánica 7/2000; actual art. 10 b)] establece para otros menores autores de delitos “de extrema gravedad”, respecto de quienes se deja abierta tal posibilidad. La comparación la establece el órgano judicial, así, entre los menores autores de delitos de terrorismo —a quienes les sería aplicable la disposición adicional cuarta y la consiguiente restricción a las posibilidades de suspensión de la pena hasta la mitad de cumplimiento de la medida— y los autores de otros delitos “de extrema gravedad”, a los que les sería aplicable el art. 9.5 de la Ley Orgánica 7/2000 y, con ello, la posibilidad de suspender la ejecución, al no venir expresamente limitada tal posibilidad en dicho precepto. No obstante, como pone de manifiesto el Fiscal General del Estado, la diferente respuesta jurídica establecida por el legislador no se refiere únicamente a los autores de delitos de terrorismo, sino a todos los sujetos activos de los delitos recogidos en la disposición adicional cuarta —homicidio doloso, asesinato, violación—, a quienes tampoco les sería aplicable lo previsto en el art. 9.5 Ley Orgánica 7/2000. Por ello, nuestro análisis deberá realizarse a tenor de esa diferenciación.

Como recuerda la STC 122/2008, de 20 de octubre, FJ 6, este Tribunal tiene declarado, desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5; y 84/2008, de 21 de julio, FJ 6).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma” (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; en igual sentido, STC 84/2008, de 21 de julio, FJ 6).

En suma, una vez constatada esa diferencia de tratamiento, su licitud requerirá una triple exigencia: “las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin

discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 6; 155/1998, de 13 de julio, FJ 3 y 180/2001, de 17 de septiembre, FJ 3, citadas por la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5).

8. Como acabamos de afirmar, los términos de la comparación que fundamentan el planteamiento del órgano judicial son los respectivos supuestos de hecho del artículo 9.5 y la disposición adicional cuarta, apartado 2, en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 7/2000. El primero de los preceptos se refiere a los autores de delitos que hayan sido cometidos con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas (art. 9.4) y en los que además se aprecie una “extrema gravedad”; por su parte, la disposición adicional cuarta regula, como ya hemos venido afirmando, los supuestos de comisión de delitos de homicidio doloso, asesinato, violación y terrorismo, así como aquéllos con pena de prisión igual o superior a quince años. El criterio diferenciador entre ambos grupos de casos radica en la gravedad de los delitos, lo que conlleva una diferente consecuencia jurídica: el primer grupo de delitos lleva aparejada una medida de internamiento de régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a cinco años de duración, limitando las posibilidades de modificación y sustitución de la medida hasta transcurrido el primer año de su cumplimiento (art. 9.5); y el segundo grupo, que incluye delitos más graves, una medida de internamiento en régimen cerrado, para autores mayores de dieciséis años, de uno a ocho años de duración, limitando las posibilidades de modificación, sustitución y, además, de suspensión de la ejecución hasta el transcurso de la mitad de su cumplimiento.

a) Aplicando los criterios que informan el juicio sobre igualdad, ya referenciados, procede afirmar, en primer lugar, que la diferenciación efectuada por el legislador posee una base objetiva y una justificación razonable. “La concreta regulación especial o diferenciada que se cuestiona no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11), sino a partir de un dato objetivo y rigurosamente neutro, como es la gravedad penal de las conductas, atendido su grado de lesividad y la relevancia de los bienes jurídicos menoscabados, de modo que las consecuencias jurídicas previstas —y, en

particular, la restricción de la suspensión de la ejecución de la medida— se aplicarán por igual a todos los menores que, en la franja de edad establecida, cometan tales conductas delictivas. No puede concluirse, por tanto, que el legislador haya establecido una diferencia entre situaciones iguales, respondiendo el más gravoso régimen de ejecución de las medidas de internamiento previsto en la norma a la comisión de delitos más graves. Ni tampoco que la diferenciación esté basada en circunstancias desconectadas de la finalidad de la norma y, en esa medida, irrazonables. Reiterando lo manifestado en fundamentos jurídicos anteriores, podemos afirmar que las restricciones que tanto el art. 9.5 como la disposición adicional cuarta, apartado 2 c), establecen a las posibilidades de aplicación de institutos como la modificación, la sustitución o —en la norma cuestionada— la suspensión de la medida de internamiento encuentran su fundamento en la necesidad de conjugar el fin prioritario de reinserción social que preside la legislación penal de menores con la función de prevención general que también ha de desplegar la sanción para cumplir su cometido de protección de bienes jurídicos. Desde dicho fundamento, resulta a todas luces razonable que las finalidades de prevención general se acentúen —tanto aumentando el límite máximo de la medida de internamiento como añadiendo restricciones para la suspensión de su ejecución— respecto de los delitos que de modo más intenso atacan contra los bienes jurídicos más valiosos, pues más intensas serán las necesidades de disuadir de su comisión y de reafirmar socialmente la confianza en su indemnidad.

b) Afirmado tanto el substrato objetivo de la diferenciación como su razonabilidad, resta todavía por dirimir si la misma puede conducir, no obstante, a consecuencias desproporcionadas.

Como recuerda la STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10, “el baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de ‘contenido mínimo’, en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12). Sólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un ‘desequilibrio patente y excesivo o irrazonable... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa’ (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)”.

El refuerzo de la finalidad preventiva general que justifica el tratamiento diferenciado establecido en el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000, frente al previsto en el art. 9.5, se manifiesta tanto en el aumento del límite máximo de la medida de internamiento —cifrado en ocho años— como en la limitación que se establece para la modificación, sustitución y suspensión de la medida hasta el cumplimiento de la mitad de su duración. No obstante, nuestro enjuiciamiento ha de ceñirse a este último aspecto, es decir, a la restricción del uso de la suspensión de la ejecución de la medida que prevé la disposición adicional cuarta, porque es a esa concreta previsión legislativa a la que el Juzgado de Menores atribuye el vicio de desigualdad, en contraste con los autores de los delitos previstos en el art. 9.5.

Tampoco desde este criterio del juicio de igualdad cabe efectuar reproche alguno a la norma cuestionada. Ya hemos puesto de manifiesto que la suspensión de la ejecución queda limitada con carácter general a medidas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 40 LORPM), lo que conlleva ya una importante restricción a su aplicabilidad en los supuestos que contempla la disposición adicional cuarta, para los que se prevé una medida mínima de un año y máxima de ocho. Ello supone, en una aplicación conjunta de ambos preceptos, que la restricción adicional que incorpora el precepto cuestionado —que impone la mitad del cumplimiento de la medida—, dará lugar a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año, y la mínima seis meses. El precepto de contraste no contempla tal restricción adicional, pero teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada, y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad, la citada limitación no se revela desproporcionada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.

Votos

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Manuel Aragón Reyes a la Sentencia recaída en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001.

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC, formulo el presente Voto concurrente, al discrepar parcialmente de la fundamentación jurídica de la Sentencia, aunque no del sentido desestimatorio del fallo, por las razones que seguidamente paso a señalar.

Mi discrepancia se centra en el apartado b) del fundamento jurídico octavo de la Sentencia, esto es, en el razonamiento que se emplea para descartar que el precepto legal cuestionado merezca reproche desde la perspectiva de la proporcionalidad. Valga decir desde ahora que estoy de acuerdo en que la diferenciación introducida por la norma en modo alguno produce consecuencias desproporcionadas. Pero no me convence la argumentación que se utiliza en la Sentencia para llegar a esta conclusión, pues estimo, y así lo defendí en la deliberación del Pleno, que los razonamientos empleados al efecto introducen más confusión que claridad en este aspecto.

La Sentencia de la que respetuosamente discrepo en cuanto a su fundamentación jurídica, en los términos señalados, parte de la premisa de entender que la norma contenida en el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta [actualmente contenida en el art. 10.2 b)] de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece una “restricción adicional” a la facultad judicial de suspensión de la ejecución de las medidas de internamiento

prevista en el art. 40 de dicha Ley, conforme al cual cabe suspender la ejecución de la medida (hasta un máximo de dos años) cuando no sea superior a dos años de duración. Esta “restricción adicional” que incorpora el precepto cuestionado da lugar, según la Sentencia, en aplicación conjunta de ambos preceptos, “a que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año y la mínima de seis meses” (sic), pero se concluye que tal limitación no resulta desproporcionada, “teniendo en cuenta la mayor gravedad de los delitos recogidos en la norma cuestionada y, consiguientemente, la necesidad de reforzar la eficacia preventivo-general de la respuesta jurídica para la protección de los bienes jurídicos más esenciales del ciudadano y de la sociedad”.

Pues bien, a mi juicio resulta equívoco afirmar que el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores introduce una “restricción adicional” respecto de la regla general sobre suspensión de la medida de internamiento establecida en el art. 40 de la misma Ley. En realidad, la norma cuestionada incorpora una regla especial que amplía la facultad de suspensión establecida con carácter general en el art. 40, pero con sujeción al requisito de un mínimo temporal de cumplimiento de la condena. En efecto, con carácter general (art. 40) la posibilidad de suspensión queda limitada a medidas de internamiento no superiores a dos años de duración, y se acuerda en la propia sentencia, lo que significa que el menor no ingresa en el centro de internamiento si no se alza la suspensión. En consecuencia, la posibilidad de suspender la ejecución de las medidas de internamiento queda excluida, conforme a la regla general, en caso de medidas de internamiento superior a dos años, si bien en virtud justamente de la disposición cuestionada, también en este supuesto (referido a delitos especialmente graves) el legislador permite que se puede acordar la suspensión siempre que se cumpla un requisito: que haya transcurrido al menos la mitad de la duración de la medida impuesta. No se trata, por tanto, de una “restricción adicional”, como se afirma en la Sentencia de la que parcialmente discrepo, a la regla general del art. 40, sino de una modalidad peculiar de suspensión, pues supone que en todo caso existirá un periodo de internamiento, lo que se justifica precisamente por la gravedad de los delitos para los que cabe acordar el internamiento en régimen cerrado por encima del plazo máximo general de dos años de duración de las medidas (art. 9.3).

El legislador podría legítimamente haber excluido en todo caso la suspensión de la ejecución de las medidas de internamiento superiores a dos años de duración, en atención a la gravedad de los ilícitos cometidos por el menor sancionado; sin embargo, ha optado por incorporar la posibilidad de suspensión también en estos supuestos, si bien bajo la condición de que no pueda ser acordada en la propia Sentencia (lo que supondría no ingresar en el centro de internamiento), sino que ha de haberse cumplido como mínimo “la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta”. Resulta, por ello, equívoco afirmar, como se hace en la Sentencia, que la aplicación del precepto cuestionado determina “que el periodo máximo de cumplimiento de la medida previo a la posibilidad de suspensión sea de un año y la mínima de seis meses”. Esto sólo sucederá, obviamente, en el caso de que la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta por la comisión de delitos muy graves a que se refiere sea de duración de dos años y un día o de un año. Si la medida de internamiento se impone en su plazo máximo (ocho años) el tiempo mínimo de cumplimiento de la medida para que pueda, en su caso, acordarse la suspensión, será de cuatro años; de tres años medio en caso de internamiento por siete años; y así sucesivamente.

En todo caso, esta exigencia de cumplimiento de un periodo determinado de internamiento, que convierte la regla especial contenida en el apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores [actualmente en su art. 10.2 b)] en una suerte de facultad de suspensión “impropia” (pues la suspensión propiamente dicha, contemplada en el art. 40, supone que no se ingresa en el centro de internamiento), encuentra su fundamento en la mayor gravedad de los delitos que se castigan con la medida de internamiento prevista en la disposición cuestionada y, consecuentemente, en la necesidad de reforzar la finalidad de prevención general que cumple esa medida, en atención a la protección de los bienes jurídicos más valiosos, lo que excluye cualquier atisbo de desproporcionalidad constitucionalmente reprochable.

Y en este sentido emito mi Voto particular concurrente.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 6021-2001, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC, con pleno respeto a la opinión de la mayoría reflejada en la Sentencia, dejo constancia sucintamente de los fundamentos de mi posición discrepante con el Fallo y con determinados aspectos de la línea argumental que lo sustenta.

1. Comenzaré por manifestar mi acuerdo en lo sustancial con los fundamentos jurídicos 2, 3 y la mayor parte del fundamento jurídico 4 de la Sentencia, en cuanto marco de criterios básicos establecidos en consolidada doctrina de este Tribunal como inicial punto de partida y recordatorio de la delimitación de nuestro análisis. Efectivamente, nuestro enjuiciamiento debe ceñirse a comprobar el respeto de los límites externos que imponen los principios constitucionales, dadas las amplias facultades del legislador en el diseño de una política criminal cuya adjetivación en cuanto a sus bondades o desaciertos queda fuera de nuestro cometido. Y asimismo es pertinente atender a la naturaleza de la previsión del art. 25.2 CE, que según nuestra doctrina viene reiterando, ya desde el ATC 486/1985, de 10 de julio, no conforma un derecho fundamental sino un criterio preceptivo de orientación de la política penitenciaria, con proyecciones generales en el sistema penal, pero bien entendido que la reeducación y reinserción no constituyen la única finalidad de la pena.

A partir de estas premisas generales, mis desacuerdos se refieren a lo que considero insuficiente contemplación, en el planteamiento de la Sentencia, de las singulares diferencias que comporta el sistema de justicia penal de los menores respecto al general derecho penal de los adultos. No puede dejarse de destacar que nuestra doctrina sobre las finalidades de la pena, que en esta Sentencia son objeto de análisis, se ha construido desde y para el derecho penal ordinario de las personas adultas, por lo que una traslación cuasi automática, como se hace en la Sentencia de la que discrepo, de los criterios generales a la justicia penal de menores corre el riesgo de desdibujar o directamente ignorar los principios y derechos específicos que están en juego y que resultan significativos a los efectos del presente enjuiciamiento. Y esto es a mi juicio lo que se produce en la presente Sentencia, que concluye con la desestimación de la cuestión de

inconstitucionalidad planteada, desatendiendo el peso específico que ostentan los derechos de los menores en este ámbito de la justicia penal.

2. La aproximación al alcance del art. 25.2 CE cuya vulneración se atribuye a la norma cuestionada, no puede prescindir de la contemplación de lo dispuesto en el art. 39.4 CE: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, lo cual nos conduce a la necesidad de atender las reglas que al efecto prescribe la Convención sobre los derechos del niño de 1989 de las Naciones Unidas, incorporada a nuestro ordenamiento el 31 de diciembre de 1990. Recordemos que la citada Convención establece en su artículo 40.1:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”

En relación con la privación de libertad por motivo de delito, el art. 37 b) de dicha Convención prescribe:

“La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”

Lo cual significa el derecho del menor a no ser sometido a una intervención privativa de libertad sino de forma excepcional y por el menor tiempo posible.

Y asimismo, en la letra c) del mismo art. 37 se declara que “[t]odo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.” De una forma más concisa, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos en su art. 14.4

también impone que “[e]n el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social”.

La referencia a los convenios y pactos internacionales estuvo bien presente en nuestra STC 36/1991, de 14 de febrero, de forma palmaria en sus fundamentos jurídicos 6 y 7, tanto en relación a la exigencia de las garantías procesales básicas —que aquella antigua ley de menores no atendía, por lo que se declaró su inconstitucionalidad en este aspecto—, como en relación a los criterios que aseguran la máxima individualización, flexibilidad y adecuación de la intervención penal a las necesidades educativas y resocializadoras del menor. Aquella Sentencia, donde encontramos reproducidas, con particular detalle, las Reglas de Beijing de 1985 (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores), y referencias a la Recomendaciones del Consejo de Europa R (87)20, “Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil”, reconoció la conformidad constitucional de las singularidades que caracterizan la intervención judicial-penal sobre menores. La actual Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal del menor, en su exposición de motivos, se reconoce tributaria de aquella Sentencia, que sentó la naturaleza sancionadora-educativa de este subsistema de la justicia penal.

El propio Juez Central de Menores en su Auto de planteamiento de la presente cuestión, advertía de la pertinencia de atender a los principios y disposiciones internacionales que forman parte de nuestro derecho interno, como había puesto de relieve el Letrado del menor en el trámite de audiencia realizado al efecto. Efectivamente, en relación a menores de edad condenados por delito conforme a la Ley Orgánica 5/2000, el alcance del principio de reinserción social cobra su verdadero sentido a la luz de los derechos de niños y adolescentes y de los deberes correlativos de los Estados.

3. Desde esta perspectiva, la primacía del interés superior del menor debe operar necesariamente como criterio transversal en toda intervención que afecte a menores de edad. De manera que aquellas medidas que no estimulen su readaptación social, o más aún, si resultan contraproducentes, resultan contrarias a lo establecido en los convenios que forman parte de nuestro Derecho interno. Por ello, en relación con los menores de dieciocho años —grupo sobre el que se proyecta explícitamente la Convención sobre los derechos del niño como se declara en su art. 1— el mandato general recogido en el art. 25.2 CE adquiere mayor densidad normativa, al

cohonestarse con los derechos del menor reconocidos ex art. 39.4 CE. En este marco, la finalidad de reinserción social no puede ser calificada como un mero criterio complementario de orientación de la forma de cumplimiento de las penas, como ocurre con los adultos, sino que se convierte en el criterio central que debe presidir todas las decisiones que afecten al menor. Lo cual no significa ni lenidad ni exclusión de medidas que puedan tener carácter aflictivo más marcado, si resultan acordes con los objetivos de reinserción social atendiendo individualizadamente a las particulares circunstancias de la persona del menor.

Esta diferente proyección de la finalidad resocializadora debe situarse como parámetro central en el análisis de constitucionalidad de la norma cuestionada, a fin de determinar la compatibilidad constitucional de medidas inspiradas en estrictos criterios aflictivos-expresivos de prevención general, y las posibilidades de armonización de los fines preventivos generales con aquel interés superior del menor, cifrado en el interés general en el favorecimiento de la reinserción social de quien por edad, tiene toda la vida por delante. Y nada más preventivo que evitar los peligros de contagio que abocan en carreras delictivas.

Dicho de otra manera, ¿es legítimo, y hasta qué punto, la acogida de criterios de prevención general en el ámbito de los menores, que acentúen el carácter sancionador-retributivo sobre el educativo? La Sentencia de la que discrepo, subrayando que el fin de reinserción social no es exclusivo ni excluyente de otros fines, acierta a sentar un criterio o test de constitucionalidad de la norma atendiendo a su compatibilidad con los fines de reinserción “de manera que, sin lugar a dudas, una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad sí resultaría contraria al art. 25.2 CE” (FJ 5).

Entiendo, con la Sentencia, que la satisfacción de necesidades preventivas de disuasión —dirigida al colectivo de menores— e incluso de pacificación de la conmoción que causa un delito especialmente grave, puede armonizarse con los fines de reinserción, pero la compatibilidad predicada en abstracto debe someterse en concreto a ciertas restricciones en función de cómo se pretenden obtener aquellos fines preventivo generales, con qué clase de instrumento o intervención.

Como es reconocido en la doctrina científica, apoyada en datos empíricos, las características del control judicial y del proceso penal, también respecto a menores, despliegan ya un efecto comunicativo de advertencia que sirve a los fines de prevención general. Recuérdese la antigua máxima de Beccaria señalando que disuade más la no impunidad que la gravedad de la pena con que se amenaza, o que más vale una pena cierta aunque no sea grave, que una pena muy grave cuya aplicación resulte incierta. Máximas que traigo a colación para poner de relieve que la obtención de fines de prevención general no va necesariamente asociada a la necesidad de imponer penas o sanciones de agravada afflictividad. No puede desconocerse que bajo la advocación de necesidades de prevención general pueden esconderse meras finalidades de apaciguamiento simbólico o político de otro cariz cuya legitimación resulta más problemática.

En todo caso, la imposición de una medida especialmente afflictiva, como lo es el internamiento en régimen cerrado, debe ser excepcional, y fundada en una justificación reforzada que aporte coherencia al desplazamiento, o a la relativización, de la primacía de los fines resocializadores.

4. La norma que motiva el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, como se dice en la Sentencia, es evidente que responde al objetivo de ampliar el efecto preventivo general de la intervención sobre menores en supuestos de especial gravedad. También es patente que introduce una serie de consecuencias que excepcionan de forma drástica las reglas de individualización y de flexibilidad que caracterizan la justicia de menores, y que se aproxima al sistema de justicia de adultos. El Juez queda totalmente limitado en su facultad de elección de la sanción más adecuada: necesariamente debe imponer una sanción de internamiento en régimen cerrado; no puede decretar un internamiento en régimen semiabierto, abierto, o cualquier otra medida del largo elenco recogido al efecto. Se impone un tiempo o “periodo de seguridad” de obligado cumplimiento antes de que puedan entrar en juego las instituciones propias del sistema de menores, previstas para modular y, en su caso, reducir, en lo que resulte procedente, los tiempos de internamiento, medida cuya imposición y duración debe ajustarse a criterios de ultima ratio conforme a lo establecido en la Convención sobre los derechos del niño. Queda eliminada la figura de “suspensión de la ejecución del fallo” (art. 40 Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores) ya que se obliga al cumplimiento en régimen cerrado un

determinado tiempo, la mitad de la sanción impuesta por el delito. Este es el punto concreto que motiva el planteamiento de la cuestión, pues el Juez decretó como sanción más adecuada al caso, dentro de lo que la ley le permitía, la mínima duración del internamiento, un año. Duración que permite al juez, como regla general, disponer la suspensión del cumplimiento desde el inicio, para evitar el ingreso en centro de internamiento cuando así lo considere pertinente, pero que es excluida en la disposición adicional cuarta, apartado 2 c).

Que tales restricciones se justifiquen por razones de prevención general constituye una afirmación de la que no puede concluirse que la intensidad del endurecimiento de la sanción y correlativas restricciones apuntadas discorra de forma legítima, compatible con el respeto a los fines de reinserción social cuyo deber de observancia ostenta un peso específico en el ámbito que analizamos. Para enjuiciar el grado de interferencia con las finalidades del art. 25.2 CE, o el impedimento “radical” de éstas, deben tomarse en su conjunto las limitaciones que impone el precepto. Téngase en cuenta que la eliminación de la posible “suspensión de ejecución del fallo” va unida a la eliminación de la sustitución, cese o modificación del internamiento en régimen cerrado, por un tiempo o “período de seguridad”, que puede ir de los seis meses en los casos de menor entidad, hasta los cinco años en los casos más graves. Por lo tanto, en relación al círculo de supuestos afectados por la norma en cuestión, jóvenes de 16 o 17 años, responsables de alguno de los delitos listados en la cabecera del precepto —delitos unos muy graves y otros de menor gravedad pero con la connotación de terrorismo— se diseña un término temporal de cumplimiento de la sanción de internamiento en régimen cerrado, durante el cual queda excluida la aplicación de criterios educativo-sancionadores que pudieran suavizar o modificar el régimen de internamiento. Aun cuando el internamiento estuviera contraindicado por razones educativas para evitar contagios de influencias nocivas u otras consecuencias desocializadoras, el Juez tiene impedida su intervención para tales fines, durante ese tiempo del “período de seguridad”, como ocurre en el caso que motivó la presente cuestión de inconstitucionalidad.

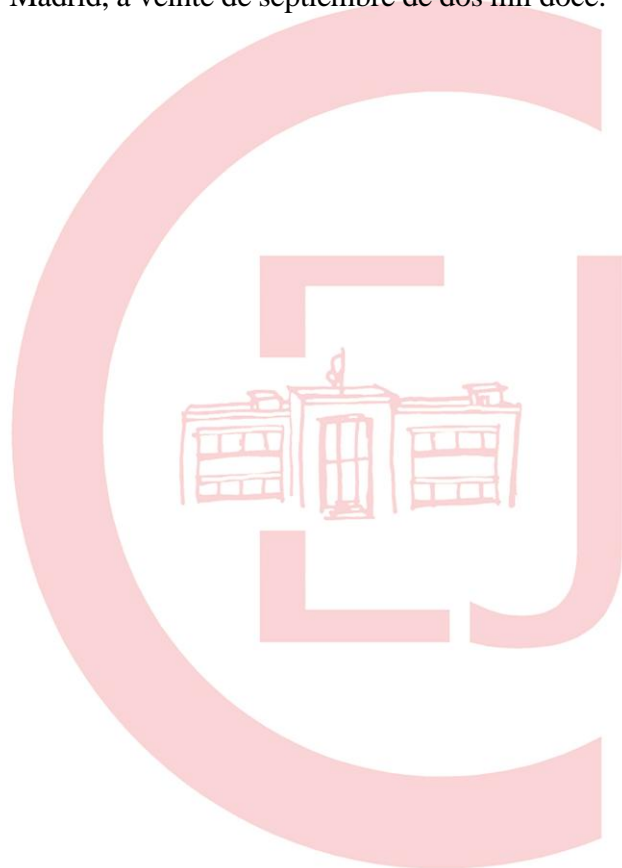
Es esta una restricción que a todas luces impide radicalmente que operen los principios propios de la intervención sancionadora-educativa y, por ello, a mi juicio, constituye patente vulneración de los principios constitucionales ex arts. 25.2 y 39.4 CE. Desde la prohibición general de la privación de libertad como sanción para menores, salvo en casos de último recurso y cuando no quepa otra vía (art. 37 de la Convención sobre los derechos del niño), resulta clara la

violación del mandato de contención en lo que afecta a la libertad del menor. No puede afirmarse aquí que el internamiento resulte “necesario” por razones de prevención general dada la gravedad de los delitos referidos. Si tenemos en cuenta el conjunto de medidas especiales que la propia disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000 incorpora en concreto para delitos de terrorismo, puede comprobarse la acumulación de previsiones adoptadas a tales efectos. Las previsiones “especiales” se disponen en siete excepciones a los criterios generales de aplicación de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores. Junto a la que ocupa la presente cuestión de constitucionalidad [apartado 2 c)] resaltan otras de calado, como es la adición de la pena de inhabilitación absoluta por un período al menos de cinco años, en paralelo con la previsión contemplada en el art. 579.2 del Código penal para los adultos. Una consecuencia especialmente intensa ya que sus efectos se prolongan una vez alcanzada la mayoría de edad, que conlleva entre otras prohibiciones, el impedimento de acceso a cualquier modalidad de empleo público. La remisión a los plazos de prescripción del delito del Código penal, más largos que los establecidos para los menores de edad, o la creación del Juzgado de Menores de la Audiencia Nacional, forman parte de la batería de “especialidades” inspiradas en objetivos de prevención general que refuerzan la severidad del mensaje conminativo en el ámbito de delitos de especial gravedad.

En este contexto, la posposición de los derechos del menor a un tratamiento educativo-resocializador no puede considerarse justificada por “necesidades” de intensificación de la prevención general. La imperatividad de la medida de internamiento cerrado, sin posibilidad de modulación por el órgano judicial, supone sacrificar oportunidades educativas y de integración, o incluso como en el caso a quo, no impedir posibles influencias nocivas que pueden derivar de situaciones de internamiento contraproducente para el menor. El carácter temporal de la supeditación de tales derechos no empece la constatación de la vulneración flagrante. La gravedad de los delitos que motivan las previsiones especiales, tampoco justifica la intensidad de los impedimentos a la individualización de la respuesta sancionadora conforme a las exigencias constitucionales relativas al tratamiento de los menores de edad. La Convención de derechos del niño no reconoce excepciones al derecho del menor a ser tratado desde parámetros educativos que favorezcan su desarrollo e integración social.

En definitiva, la norma cuestionada impide de forma absoluta la ponderación de las circunstancias personales de los menores de edad, con radical preterición, durante un período de tiempo significativo, de la finalidad resocializadora del art. 25.2 CE y de los derechos del menor concernidos ex art. 39.4 CE, frente a otros fines preventivo-generales y especiales de la pena. Por ello, a mi juicio, debió estimarse la cuestión planteada por el Juzgado Central de Menores, declarando la inconstitucionalidad del apartado 2 c) de la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 7/2000 por vulneración del art. 25.2 en relación con el 39.4 CE.

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.



Centro de
Estudios
Jurídicos

11 STC 23/2016, de 15 de febrero de 2016

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por doña Adela Asua Batarrita, Presidenta, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5578-2014, promovido por don José María Gómez-Arostegui González, en representación de su hijo, entonces menor, don Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Moreno Ramos y defendido por el Letrado don José Ángel Ruiz Pérez, contra el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de junio de 2014 desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones, y contra el Auto de 31 de marzo de 2014 de la misma Sala y Sección, dictado en el recurso de apelación núm. 59-2013 dirigido contra el Auto del Juzgado de Menores núm. 5 de Madrid de 16 de enero de 2013 que acordó el sobreseimiento del expediente de reforma de menores núm. 236-2012. Ha comparecido don Carlos Hugo Villegas Herrera, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Villegas Ruiz, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 16 de septiembre de 2014, la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de don José María Gómez-Arostegui González, quien, a su vez, actúa en representación de su hijo don Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, y bajo la dirección del Abogado

don José Ángel Ruiz Pérez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El 22 de noviembre de 2011 don José María Gómez-Arostegui González formuló denuncia en la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Pozuelo de Alarcón en la que refería que el día 17 de noviembre de 2011 su hijo Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, que entonces era menor de edad, nacido el 17 de mayo de 1995, fue objeto de una agresión por parte de otro menor, de 16 años de edad, nacido el 17 de marzo de 1995, en el centro donde ambos cursaban estudios. A consecuencia de la agresión el perjudicado recibió asistencia médica en un centro hospitalario donde fue atendido de fractura nasal y desplazamiento de los huesos propios.

b) Instruido el correspondiente atestado y remitido a la Fiscalía de Menores de Madrid, por decreto del Fiscal de 23 de diciembre de 2011 se incoaron diligencias preliminares, en el curso de las cuales se recibió declaración al perjudicado, que además fue reconocido por el médico forense. Consta en el acta de declaración que el menor estuvo asistido por su representante legal, al que se hizo el ofrecimiento de acciones, manifestando su intención de reclamar por las lesiones causadas a su hijo y por los gastos derivados del tratamiento médico. También se recibió declaración al menor denunciado asistido de abogado y de su representante legal.

c) El 27 de julio de 2012 el ahora recurrente presentó escrito en la Fiscalía de Menores de Madrid por el que la Procuradora doña María del Carmen Moreno Ramos solicitó se le tuviese por personada en el procedimiento en nombre del perjudicado. Por decreto de 10 de agosto de 2012 se acordó incoar expediente de reforma, que se comunicó al Juzgado de Menores, notificando la incoación al denunciante e informándole de los derechos relativos al ejercicio de la acción civil. En la misma resolución se acordó solicitar del equipo técnico el informe preceptivo previsto en el art. 27.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

d) En fecha 11 de septiembre de 2012, el Juzgado de Menores núm. 5 de Madrid dictó Auto acordando el inicio de las diligencias correspondientes al expediente de reforma núm. 236-2012 y pieza de responsabilidad civil. Tras otorgar, el 28 de septiembre de 2012, poder de representación apud-acta, por providencia de 1 de octubre de 2012, el Juzgado de Menores tuvo por personada en el expediente de reforma así como en la pieza de responsabilidad civil a la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, en concepto de acusación particular, mandando que se entendiesen con aquella las sucesivas diligencias en el modo legalmente previsto. Dicha providencia se notificó a la Fiscalía de Menores el 3 de octubre de 2012.

e) El 27 de septiembre de 2012 la Fiscalía de Menores dictó decreto teniendo por recibido el informe del equipo técnico “valorando la conveniencia de llevar a cabo una de las soluciones extrajudiciales previstas en el art. 19 LO 5/2000”. En el mismo decreto acordaba el Fiscal instar al equipo técnico para que hiciese efectiva la propuesta, remitir el informe a la entidad pública de protección de menores para que se lleve a cabo la solución extrajudicial apuntada, remitirlo al Juzgado de Menores y dar copia al Letrado del entonces menor. Este decreto no fue notificado al perjudicado.

f) En fecha de 15 de octubre de 2012 fue emitido el informe de sanidad por el médico forense en el que consta la naturaleza de la lesión y el tratamiento médico que fue preciso dispensar al lesionado, consistente en dos intervenciones médicas, una para reducir la fractura y otra posterior de septoplastia secundaria con anestesia general. En ambos casos, la duración del ingreso hospitalario fue inferior a veinticuatro horas, habiéndose empleado 120 días para la estabilización lesional, 14 de ellos impeditivos, y no se apreciaron secuelas. El informe de sanidad fue unido al expediente por decreto de la Fiscalía de 22 de octubre de 2012.

g) Con posterioridad, el informe del programa de reparaciones extrajudiciales fechado el 22 de noviembre de 2012 describió la oposición del padre del menor perjudicado, expresada con ocasión de una entrevista mantenida el mismo día, a la reparación extrajudicial del conflicto mediante reparación indirecta, y propuso la realización de una reparación extrajudicial en forma de actividad consistente en la realización de cinco sesiones de prestaciones en beneficio de la comunidad. Por decreto de 26 de noviembre de 2012, la Fiscalía de Menores acordó mostrar

conformidad “con que la reparación extrajudicial la realice el menor en forma de actividad educativa”.

h) La Agencia de la Comunidad de Madrid para la reeducación y reinserción del menor infractor emitió un informe sobre la actividad realizada por el menor, consistente en 25 horas, repartidas en cinco jornadas, de tareas de asistencia y acompañamiento a personas y tareas de colaboración en la campaña de Navidad —recogida de juguetes—, valorando positivamente la actitud y la actuación del menor. En base a dicho informe, con fecha de entrada en la Fiscalía de Menores el 10 de enero de 2013, por decreto de 11 de enero de 2013, la Fiscalía de Menores acordó dar por concluido el expediente, remitiéndolo al Juzgado de Menores con escrito solicitando el sobreseimiento y archivo del mismo. Dicho decreto tampoco fue notificado al perjudicado.

i) El Auto de 16 de enero de 2013 dictado por el Juzgado de Menores acordó el sobreseimiento de las actuaciones y en el fundamento jurídico único señala literalmente: “De conformidad con lo prevenido en el artículo 27.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad Penal de los Menores, habiendo propuesto el Ministerio Fiscal el sobreseimiento de las actuaciones y reuniendo el presente caso los requisitos previstos en el artículo 19.1 de la mencionada ley, procede acceder a lo solicitado por dicho Ministerio Público y acordar, en consecuencia, como se hará en la parte dispositiva de esta Resolución.”

j) La Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de Ignacio Gómez-Arostegui de Juan, interpuso recurso de apelación contra dicha resolución. En el escrito de interposición del recurso se terminaba suplicando el dictado de resolución por la que, literalmente: “1. Se declare la nulidad de todo lo actuado desde el momento de la personación en la causa de esta parte como Acusación Particular, y se notifiquen a esta representación todas las actuaciones y diligencias que se vayan practicando, a fin de que pueda ejercitar los derechos que le asisten como Acusación Particular. 2º. Subsidiariamente, se revoque el Auto por el que se declara terminado el procedimiento, ordenando la continuación del mismo, por no ser de aplicación el artículo 27, párrafos 3 y/o 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, debido a que no concurren los requisitos previstos en el artículo 19.1 de la misma Ley.”.

k) El recurso de apelación fue resuelto por Auto dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha de 31 de marzo de 2014, que acordó “estimar parcialmente el recurso de apelación formulado por don Ignacio Gómez Arostegui de Juan declarando que sus derechos a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión han sido vulnerados en el marco de este proceso; desestimarlos en lo demás y, en consecuencia, rechazar la petición de nulidad del Auto de 16 de enero de 2013 del Juzgado de Menores núm. 5 de Madrid por el que se dispuso el sobreseimiento del expediente de reforma, al tiempo que se declaran de oficio las costas de esta alzada”.

El análisis de sus razonamientos jurídicos nos lleva a subrayar, a los efectos del presente recurso de amparo, los siguientes:

“SEGUNDO ... Todo ello nos lleva a concluir que en el procedimiento seguido en virtud de la denuncia formulada por el recurrente se ha vulnerado su derecho a obtener la tutela judicial efectiva, puesto que considerado el proceso en su conjunto sólo podemos concluir que el acusador particular no ha contado con una oportunidad efectiva de participar en el mismo ni de influir en su resultado, lo que conlleva, además, la violación de su derecho a no sufrir indefensión. Más aún, se ha puesto término al expediente a través de sendas resoluciones, de la Fiscalía y del Juzgado de Menores, en las que no se justifica la concurrencia de los elementos reglados del ejercicio de la oportunidad, lo que a su vez determina la violación del derecho a obtener una resolución fundada en Derecho.

TERCERO. La vulneración de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión (art. 24.1 CE) da lugar a que concurra un motivo de nulidad (art. 238.3 LOPJ) que ha sido invocado por el recurrente solicitando la reapertura del proceso, para que se le permita ejercitar la acusación contra el menor expedientado en el curso de la audiencia prevista en el art 37 LO 5/2000. Mas para decidir si la estimación de este recurso debe conllevar la consecuencia procesal pretendida por el apelante hemos de tener en cuenta no solo la necesidad de restablecerle en su derecho a la tutela judicial efectiva, sino también la protección de los derechos del apelado que en este caso, tratándose de un menor, adquieren una significación especial.

Entre los derechos del apelado que deben ser protegidos se encuentra el derecho a no ser objeto de una persecución penal múltiple (ne bis in idem). Su eficacia, sin embargo, no es para que el Tribunal Constitucional haya admitido que se acuerde la nulidad de la sentencia absolutoria y se disponga la realización de un nuevo enjuiciamiento, si aquella se dictó en un proceso en el que no se respetaron los derechos de la acusación (STC 2/2003, de 16 de enero). Como establece la STC 218/2007, ‘no cabe hablar en rigor de doble proceso cuando el que pudiera ser considerado como primero ha sido anulado’ (FJ 4).

En el caso sometido a nuestra consideración la situación del menor imputado es diferente, pues el archivo del proceso fue acordado después de que el menor expedientado accediese a realizar una actividad educativa de naturaleza y extensión equivalente a la medida que se le habría impuesto si su responsabilidad se hubiese declarado en una sentencia judicial tras la celebración de la audiencia cuya celebración se reclama en el recurso de apelación. La misma parte recurrente así lo ha reconocido en el curso de la audiencia convocada por este Tribunal para oír a las partes sobre el alcance de la pretensión de nulidad deducida en el recurso de apelación. Tal y como se hizo constar en la diligencia de vista, todas las partes estuvieron de acuerdo en que la medida habría consistido en la realización de una actividad educativa, aunque su duración podría haber sido superior, lo que a juicio del recurrente podría haberse resuelto descontando de la medida las veinticinco horas de prestaciones ya realizadas.

Llegados a este punto solo podemos concluir que el efecto anulatorio pretendido en el recurso de apelación es desproporcionado y contrario a los intereses del menor, no solo a los fines educativos que debe presidir la intervención en el proceso penal de menores, sino también a la garantía material de la prohibición constitucional del bis in idem (art. 25 CE), ya que en este caso la conducta del menor fue objeto de reprobación por los órganos titulares del ejercicio de la potestad punitiva estatal y, además, cumplió una prestación equivalente a la medida que se le habría impuesto si el proceso no hubiese concluido anticipadamente. Por ello, en el presente caso restablecer al recurrente en su derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión no ha de conllevar la retroacción del procedimiento ni, por tanto, prescindir del efecto de cosa juzgada que se deriva del archivo y sobreseimiento de la causa. Todo ello, sin perjuicio de que la declaración que este Tribunal hace de la vulneración de los derechos del apelante, que en sí

misma tiene un efecto reparador, no pueda ser objeto de otra clase de reparación la cual, sin embargo, no puede ser acordada en el seno de este proceso, puesto que ni constituye el objeto de este recurso ni acordarla es competencia de este Tribunal.”

1) Con fecha de 4 de junio de 2014, el ahora demandante interpuso incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por Auto de la misma Sala y Sección de 30 de junio de 2014. En su fundamento de derecho único se razona literalmente: “El Ministerio Fiscal y la representación del apelado, sin embargo, entienden que el incidente de nulidad carece de fundamento y, por tanto, debe desestimarse. Así también lo entiende este Tribunal, que se ha visto obligado a ponderar los diversos intereses en conflicto, el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión y el del menor apelado a no ser objeto de una persecución penal múltiple, y sin que, por otro lado, haya motivo para entender que la resolución dictada deja de resolver alguna de las cuestiones planteadas, pues en su fundamentación se da cumplida respuesta a todas las cuestiones suscitadas por el promotor de este incidente, cuya pretensión de nulidad, por tanto, ha de ser desestimada, condenándole al pago de las costas causadas por este incidente.”

3. La parte recurrente aduce en su demanda de amparo que los Autos de 31 de marzo y de 30 de junio de 2014 infringen el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a no sufrir indefensión y el derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24.1 CE). Considera que, una vez declarada la existencia de la violación de dichos derechos fundamentales del recurrente en la instancia judicial, tal y como aprecia el propio Auto de 31 de marzo de 2014, “la cuestión no es, por tanto, si se ha producido tal violación, sino cuál es la consecuencia de la confirmación judicial de la infracción constitucional y, más concretamente, si la reparación y restitución de los derechos constitucionales de mi representado exige la nulidad del procedimiento judicial en que se produjo la infracción constitucional y de la resolución que le pone fin o si, por el contrario, basta con la simple declaración bien intencionada de que tal violación se ha producido, sosteniendo y confirmando las resoluciones que infringen los derechos constitucionales”.

a) A juicio del recurrente en amparo, aceptar que un Juzgado o Tribunal (o cada uno de ellos) pueda dictar o confirmar una resolución judicial que infrinja gravemente los derechos

fundamentales de una de las partes, argumentando para ello sus particulares criterios de equidad, oportunidad, proporcionalidad o cualesquiera otros, supone consagrar la particularidad de tales criterios por encima de la propia Constitución, lo que, en el peor de los casos, abre una peligrosísima puerta a la sustitución de los derechos constitucionales por los personales criterios de cada Juzgado o Tribunal que, con el mismo fundamento —o con total carencia de fundamento— podría apartarse del riguroso respeto de los derechos constitucionales, esgrimiendo las razones que, a su juicio, concurrieran en cada caso para dictar o ratificar una resolución judicial pese a constarle que el procedimiento en el que la misma se ha dictado o la resolución misma infringen gravemente los derechos constitucionales de una de las partes.

b) Esta parte termina suplicando que “se dicte Sentencia otorgando el amparo que se solicita en los siguientes términos: se declare que las referidas resoluciones judiciales (Autos de 31 de marzo y 30 de junio de 2014) han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a no sufrir indefensión y a obtener una resolución fundada en derecho de mi mandante, se anulen los referidos Autos y se ordene la retroacción de las actuaciones al momento procesal correspondiente”.

4. Mediante providencia de 11 de junio de 2015, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo presentada, “apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)”, y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), dirigir atenta comunicación a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de Sala núm. 59-2013, así como al Juzgado de Menores núm. 5 de Madrid a fin de que, en igual plazo, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondiente al expediente de reforma núm. 236-2012 y emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en el recurso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal de fecha 3 de septiembre de 2015, se acordó tener por personado y parte en el procedimiento a la Procuradora doña María Villegas Ruiz, en nombre y representación de don Hugo Villegas Herrera, ordenándose entender con ella las sucesivas actuaciones, y, con arreglo al art. 52 LOTC, conceder a las partes personadas y el Ministerio Fiscal el plazo común de 20 días para que, con vista de las actuaciones, formularsen alegaciones.

6. La parte recurrente presentó escrito en que se remite íntegramente a la demanda inicial.

7. La Procuradora doña María Villegas Ruiz, en nombre y representación de don Hugo Villegas Herrera, presentó escrito de alegaciones en el que interesa la desestimación del recurso de amparo. Considera que los motivos invocados por el demandante carecen de fundamento al ignorar el actor que, junto a su derecho fundamental vulnerado de tutela judicial efectiva coexiste otro derecho fundamental del menor enfrentado, el ne bis in idem, a no ser enjuiciado y condenado a una nueva pena correctiva cuando ya la primera pena fue impuesta, ejecutada y cumplida. En segundo lugar, aduce que lo pretendido por el recurrente, consistente en el reconocimiento de la nulidad y retroacción, resulta desproporcionado y que no debe inexorablemente acordarse en contra del derecho fundamental de la otra parte.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones en el que termina solicitando que se otorgue el amparo, se declare la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se acuerde la nulidad de las resoluciones impugnadas, esto es, los Autos de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de fechas 30 de junio y 31 de marzo de 2014, recaídos en el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 16 de enero de 2013 del Juzgado de menores núm. 5 de Madrid, y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a las resoluciones judiciales anuladas para que se dicte otra resolución respetuosa con el derecho que se declara vulnerado.

El Ministerio Fiscal alega, en síntesis, lo siguiente:

a) La cuestión planteada no es si se han producido violaciones de los derechos fundamentales de la acusación particular, sino cuál es la consecuencia de la confirmación judicial

de la infracción constitucional y, más concretamente, si la reparación y restitución de los derechos constitucionales del recurrente exige la nulidad del procedimiento judicial en que se produjo la infracción constitucional y de la resolución que le pone fin; o si, por el contrario, en los términos que emplea la demanda, basta con la simple declaración “bienintencionada” de que tal violación se ha producido, sosteniendo y confirmando las resoluciones que infringen los derechos constitucionales.

b) La interpretación, aplicación y general eficacia de la Carta Magna permite determinar si es o no admisible el seguimiento de procedimientos judiciales y el dictado (o la ratificación al resolver el recurso de apelación) de resoluciones judiciales que infrinjan gravemente los derechos constitucionales de una de las partes intervinientes en el proceso, pese a la comprobación jurisdiccional de la certeza de la violación constitucional, con base y fundamento en particulares criterios de equilibrio, oportunidad, equidad u otros cualesquiera, que de este modo se constituyen en supra constitucionales, lo que legitima el sostenimiento, la aplicación y ejecución de resoluciones judiciales dictadas al margen y con manifiesta infracción de los principios constitucionales.

c) Tras un extenso análisis de la doctrina contenida en la STC 218/2007, de 8 de octubre, en la que se resolvía el conflicto, a propósito de un proceso penal de mayores, entre el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados, y en la STC 2/2003, de 16 de enero, sobre la garantía material del principio ne bis in idem, en relación con los hechos enjuiciados y los principios del derecho penal de menores, considera el Ministerio Fiscal que sería conciliable con la doctrina constitucional traída a colación que, constatada una vulneración palmaria de la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en cuanto se han desconocido las garantías esenciales del proceso que asistían a la acusación particular en defensa de sus posiciones, privándola de intervenir en incidentes cruciales para sus intereses de naturaleza penal y civil, cabría anular al reconocimiento de tal vulneración el efecto anulatorio y de retroacción de las actuaciones sin contrariar el principio del ne bis in idem ni en su vertiente procesal ni en su vertiente material.

d) Así, considera el Ministerio Fiscal que de las circunstancias concurrentes se deriva la posibilidad para el acusador particular no sólo de solicitar y obtener una medida educativa en

condiciones más ajustadas a su legítima pretensión correccional sino de defender una posición sobre las lesiones ocasionadas al menor agredido que le brindaría un resarcimiento por responsabilidad civil de mayor satisfacción para sus legítimos intereses sin acudir inexorablemente a la vía civil. Los intereses tendentes a lograr la respuesta sancionadora más adecuada son consustanciales a la admisión de la acusación particular en el proceso de menores, puesto que está lejos ya de tratarse de un mero coadyuvante civil, y como refleja la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006, el legislador justifica que el interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

e) Concluye el Fiscal señalando que la gravedad de la indefensión ocasionada y la entidad de las infracciones de derechos fundamentales constatadas permitía una conciliación más ajustada de las necesidades concurrentes en conflicto, teniéndose en cuenta que el Tribunal de apelación podría haber ordenado la retroacción y salvar el supuesto inconveniente del ne bis in idem efectuando una expresa llamada a respetar una fórmula de compensación como la sugerida por el propio apelante en la vista de apelación: el descuento en el supuesto de confirmarse finalmente una medida educativo sancionatoria.

9. Por providencia de 11 de febrero de 2016, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 15 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Se interpone el presente recurso de amparo contra el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 30 de junio de 2014 desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra el Auto de 31 de marzo de 2014 de la misma Sala y Sección, dictado en el recurso de apelación núm. 59-2013 interpuesto contra el Auto del Juzgado

de Menores núm. 5 de Madrid de 16 de enero de 2013 que acordó el sobreseimiento del expediente de reforma de menores núm. 236-2012.

Según ha quedado expuesto en el apartado de antecedentes, el Auto de 31 de marzo de 2014, ratificado después al desestimarse por Auto de fecha 30 de junio de 2014 el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el ahora recurrente, consideró que se había infringido el derecho fundamental de éste, como acusación particular, a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), pero desestimó la pretensión de declaración de nulidad y retroacción de actuaciones que había sido solicitada en la apelación como consecuencia anudada a aquel reconocimiento. Es este pronunciamiento, en cuanto rechaza la anulación y reposición de las actuaciones procesales al estado y momento exigibles para la restitución del derecho fundamental declarado lesionado, el que se impugna en el recurso de amparo.

A juicio de la parte recurrente, tal pronunciamiento infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a no sufrir indefensión y el derecho a obtener una resolución fundada en derecho (art. 24.1 CE) en cuanto que, a su juicio, la reparación y restitución de los derechos fundamentales lesionados exige la nulidad del procedimiento judicial en que se produjo la infracción, sin que baste con la simple declaración de que tal violación se ha producido para reparar la vulneración, y sin que los criterios judiciales de equidad, oportunidad, proporcionalidad o cualesquiera otros pueden superponerse sobre dicha exigencia.

La representación de don Carlos Hugo Villegas considera que la queja carece de sustento al ignorar el recurrente que, junto a su derecho fundamental vulnerado, el de tutela judicial efectiva, coexiste otro derecho fundamental del menor enfrentado, el de ne bis in idem, a no ser enjuiciado y condenado a una nueva pena correctiva cuando ya la primera pena fue impuesta, ejecutada y cumplida. En segundo lugar, aduce que lo pretendido por el recurrente, consistente en el reconocimiento de la nulidad y la retroacción, resulta desproporcionado, y que no debe inexorablemente acordarse en contra del derecho fundamental de la otra parte.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al considerar, en síntesis, que descartada la violación del derecho del menor a no sufrir bis in idem, incluso mediante el empleo de la fórmula

de compensación propuesta por el ahora recurrente, una adecuada ponderación de los derechos e intereses enfrentados debió llevar al órgano judicial a ordenar la retroacción a fin de restablecer el derecho de la acusación particular que había sido vulnerado.

2. Conviene comenzar por recordar que, con carácter general, la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, sino que meramente es titular del *ius ut procedatur*, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho” (STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4), limitándose la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen, como ha establecido la doctrina constitucional en SSTC 45/2005, de 28 de febrero, FJ 2; 45/2009, de 15 de junio, FJ 4, y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ 3.

En la STC 218/2007, de 8 de octubre, este Tribunal Constitucional se pronunció sobre la procedencia de la repetición de un juicio penal en que había recaído sentencia absolutoria por haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la acusación particular. Se planteaba allí una posible situación de conflicto de derechos fundamentales entre el derecho a la presunción de inocencia de los acusados y el derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores: el *ius ut procedatur* o derecho a ejercitar la acusación particular en defensa de sus intereses de las demandantes, en que el Tribunal Supremo se decantó por hacer prevalecer el derecho a la presunción de inocencia.

Aquella Sentencia concluyó señalando que la decisión del Tribunal Supremo “implicó desconocer que toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales y, por tanto, de acuerdo con nuestra doctrina, supuso una nueva violación del derecho a la tutela judicial efectiva de las demandantes (art. 24.1 CE), que se sumó a la que ya había sido reconocida por los propios órganos jurisdiccionales” (FJ 5).

Este caso presenta transcendencia constitucional (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.a) al concurrir rasgos bien diferenciados, lo que dará a este Tribunal ocasión para pronunciarse

sobre una nueva faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Partiendo del marco de un proceso penal de menores, por un lado, el archivo de tal proceso se produce una vez que el menor expedientado había cumplido una medida educativa, y, por otro, el conflicto, a juicio de la resolución impugnada, no se produce con el derecho a la presunción de inocencia sino con el derecho a no sufrir bis in idem y el “interés del menor”, bienes jurídicos que la decisión recurrida considera que han de prevalecer.

3. No es posible descartar, y de ello se hace eco la jurisdicción constitucional con cita del art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (STC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 6), que la reparación ordinaria o común a través de la nulidad con retroacción de actuaciones (reposición en los términos del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), de la lesión de derechos fundamentales procesales, entre en conflicto con otros derechos, bienes y valores también constitucionales y dignos de tutela. En tales supuestos, por exigencia derivada de la eficacia propia de tales derechos y valores, así como del valor “justicia” (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 3; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7) o de la dignidad de la persona (STC 160/1987, de 27 de octubre, FJ 6), la solución habrá de adoptarse previa ponderación de los derechos y valores constitucionales en conflicto, con respeto a su contenido, observancia del principio de proporcionalidad, y motivación del juicio de ponderación (SSTC 85/1992, de 8 de junio FJ 4, y 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2), “pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental” (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8).

Por ello, no hemos de aceptar que la reparación de la infracción de los derechos fundamentales procesales del demandante que se declararon vulnerados exija indeclinablemente, sin excepción, la nulidad del procedimiento judicial y la repetición del mismo, y que carezca de toda eficacia reparadora la declaración de la existencia de la lesión, que la parte recurrente califica de “simple declaración bienintencionada”. Este Tribunal ha venido entendiendo, en determinados supuestos de conflicto, que un pronunciamiento como el que nos ocupa “constituye en sí mismo la reparación del derecho fundamental invocado, sin que su carácter

declarativo le prive de su efecto reparador, ya que a través del mismo no sólo se obtiene el reconocimiento del derecho, sino que, además de proporcionar esta reparación moral, puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización” (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). A este último modo de reparación es al que apunta expresamente el Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de marzo de 2014 aquí impugnado, sin que pueda olvidarse que se encuentra también presente en el sistema diseñado por el Convenio europeo de derechos humanos (art. 41 CEDH).

4. A fin de determinar si el órgano judicial ha realizado una ponderación constitucionalmente correcta de los derechos e intereses constitucionales en conflicto, no puede perderse de vista el marco normativo en el que surge el mismo, que es el del proceso penal de menores, en el que el principio de “interés superior del menor” modula la intensidad de los derechos que ostenta la acusación particular. De este modo, el canon de constitucionalidad no puede ser el mismo que el que resultaría aplicable en un proceso penal de adultos, al que respondió el pronunciamiento contenido en la STC 218/2007, de 8 de octubre.

Este Tribunal ha subrayado que en el ámbito de la justicia de menores se observa una peculiar combinación de “elementos sancionadores y [re]educativos” (STC 61/1998, de 17 de marzo, FJ 4). Esta peculiar combinación responde al predominio de la perspectiva preventivo-especial, en la que se atiende, primordialmente, al “interés superior” del menor, tal y como reclama el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En el art. 40.1 de este mismo texto internacional, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990, se reconoce el derecho del menor acusado o declarado culpable de haber infringido las leyes penales a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

En todo caso, de acuerdo con las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, más conocidas como “Reglas de Beijing” de 29 de noviembre de 1985, el sistema de justicia de menores no sólo debe garantizar que la respuesta a

los menores delincuentes sea proporcionada a “las circunstancias del delincuente y del delito, sino que también debe atender al bienestar de estos menores (en especial, reglas 5 y 14)” (STC 243/2004, FJ 4, y STC 64/2011, FJ 3).

Los principios expuestos tienen su reflejo en Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece, en palabras de su exposición de motivos, un derecho penal de menores en el que “ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor”, interés que ha de ser valorado con criterios técnicos ajenos a las ciencias jurídicas, y que ha de ser conciliado con las garantías jurídicas generales. A fin de conciliar ese “interés superior del menor” con el interés del perjudicado o víctima del hecho cometido, sigue diciendo la exposición de motivos, “esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor.”.

De ahí que, aun cuando la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores reconoce el derecho de las personas directamente ofendidas por el delito o de sus representantes, a ejercitar la acusación particular (art. 25), se consagran amplias facultades, fundadas en este interés prevalente y atribuidas a la decisión del Ministerio Fiscal y del Juez de Menores, sobre la no iniciación del proceso (desistimiento de la incoación del expediente ex art. 18), la no prosecución del mismo (sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima ex art. 19 o, en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos ex art. 27.4 y la imposición y ejecución de las medidas (circunstancias a valorar en la imposición ex art. 39, suspensión condicional de la medida impuesta ex art 40, de sustitución de la misma o de dejarla sin efecto durante su ejecución, ex art. 50.2 y 51).

Como destaca el Ministerio Fiscal, recordando las palabras empleadas por la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, “el interés del menor” es “superior”, pero no “único y excluyente” frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional. De ahí que, como se señala en la citada exposición de motivos, a fin de hacer compatible el interés superior del menor con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, el juez, en cuyas manos queda la decisión última, habrá de llevar a cabo la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta.

En este contexto normativo cobra especial significación la previsión contenida en el art. 19 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. En ella se ampara la inicial decisión de la Fiscalía de Menores, plasmada en el decreto de 27 septiembre de 2012, de instar al equipo técnico y a la entidad pública de protección de menores para llevar a cabo la solución extrajudicial propuesta, y, finalmente, el Auto del Juzgado de Menores de sobreseimiento de las actuaciones, a propuesta del Ministerio Público, una vez se cumplió la medida educativa acordada por este último.

5. En el supuesto enjuiciado, tal y como se detalla en los antecedentes, la propuesta de sobreseimiento del Fiscal y la posterior decisión judicial en este mismo sentido, en aplicación del art. 19 de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, vienen precedidos del cumplimiento satisfactorio por el menor expedientado de la actividad educativa acordada, una vez que el informe del programa de reparaciones extrajudiciales fechado el 22 de noviembre de 2012 había propuesto tal solución pese a contar con la expresa oposición del padre del menor lesionado, oposición que se hace explícita en dicho informe. Frente a la decisión de sobreseimiento, la parte ahora demandante formuló recurso de apelación y en él alegó cuanto estimó conveniente en defensa de sus intereses. Obtuvo una respuesta motivada, de la que también ha quedado constancia, en la que se ponderan las circunstancias del caso y que no puede tacharse de irrazonable, arbitraria o incurso en error patente.

El Auto dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid en fecha 31 de marzo de 2014, contra el que se dirige el recurso de amparo, con cita de las SSTC 2/2003, de 16 de enero y 218/2007, de 8 de octubre, parece descartar, en primer lugar, que pueda hablarse del derecho del menor apelado a no ser objeto de una persecución penal múltiple (ne bis in idem), para concluir después que “el efecto anulatorio pretendido es desproporcionado y contrario a los intereses del menor, no solo a los fines educativos que debe presidir la intervención en el proceso penal de menores, sino también a la garantía material de la prohibición constitucional del bis in idem (art. 25 CE), ya que en este caso la conducta del menor fue objeto de reprobación por los órganos titulares del ejercicio de la potestad punitiva estatal y, además, cumplió una prestación equivalente a la medida que se le habría impuesto si el proceso no hubiese concluido anticipadamente”.

Cumple la referida resolución judicial la exigencia constitucional de ponderación, según hemos visto. En efecto, tal resolución parte de la información disponible sobre las circunstancias y gravedad de los hechos, y considera especialmente el dato de que el menor expedientado había llevado a cabo una actividad educativa que podría resultar equivalente a la medida que le hubiera correspondido de haberse seguido el proceso hasta su terminación normal por sentencia, a lo que ha de agregarse el tiempo transcurrido desde la fecha de los hechos, por los efectos negativos que sobre el menor sometido al proceso pudieran derivarse de la excesiva prolongación del mismo, por lo que reputa prevalente el interés de este menor que se plasma en el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

De cuanto llevamos expuesto se desprende que el razonamiento efectuado por la Audiencia Provincial de Madrid, que pondera los intereses en conflicto a partir de las circunstancias que presentaba el caso para llegar a considerar prevalente el interés del menor expedientado, no puede tacharse de arbitrario ni incurso en error patente, resulta constitucionalmente suficiente para sustentar la decisión contraria a la retroacción, y, en consecuencia, no ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la acusación particular.

Descartada, pues, la lesión del derecho fundamental denunciada en esta sede constitucional, procede desestimar el amparo solicitado.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por la representación procesal de don Ignacio Gómez-Arostegui de Juan.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a quince de febrero de dos mil dieciséis.



Centro de
Estudios
Jurídicos

1.- TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 115/2003

RECURSO DE CASACIÓN N°: 1002/2001P

Fallo/Acuerdo:

Procedencia:

Fecha Sentencia: 03/02/2003

Ponente Excmo. Sr. D.: José Jiménez Villarejo

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

Escrito por: MMV

Homicidio. Recurso de casación por unificación de doctrina. Ley de Responsabilidad Penal del Menor. Naturaleza del recurso. Firmeza de la Sentencia dictada por la Sala de Menores. Ambito del recurso. Contradicciones que pueden dar motivo al mismo. Improcedencia de plantear en el recurso temas no referidos a hechos y valoraciones de las circunstancias del menor.

RECURSO DE CASACIÓN N°: 1002/2001P

Ponente Excmo. Sr. D.: José Jiménez Villarejo

Vista: 22/01/2003

Secretaría de Sala: Sr. Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°:115/2003

Excmos. Sres.:

D. Cándido Conde-Pumpido Tourón
D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Jiménez Villarejo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil tres.

En el recurso de casación para unificación de doctrina que ante Nos pende con el núm. 1002/01P, interpuesto por las representaciones procesales de Emilio y Abraham contra la Sentencia dictada, el 27 de septiembre de 2.001, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de XX, en el rollo de apelación núm. Xxx dimanante del expediente de reforma núm. xxx, del Juzgado de menores de XXX, que desestimó el

recurso de apelación interpuesto por Emilio y Abraham, habiendo sido partes en el presente procedimiento los recurrentes representados por los Procuradores D.Luís y D.Pablo ellano, en nombre y representación de Angel y Elena, como parte recurrida, el Procurador D.Juan tévez Fernández- y el Excmo.Sr.Fiscal, han dictado Sentencia los Excmos.Sres. mencionados al margen, bajo Ponencia de D.José Jiménez Villarejo, que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Menores de incoó Expediente de Reforma con el núm.xxx en el recayó Sentencia condenatoria el 2 de Julio de 2.001, que contenía el siguiente fallo: "Que debo imponer e impongo a los menores: Ivan, Emilio y Abraham, como coautores de dos delitos: uno en grado de tentativa de robo con violencia e intimidación en las personas agravado por el empleo de instrumentos peligrosos, y otro de homicidio, con la agravante de abuso de superioridad, a las siguientes medidas para cada uno de ellos: Por el delito en grado de tentativa de robo con violencia e intimidación en las personas, agravado por el uso de elementos peligrosos; en primer lugar, la medida de tres años de internamiento en centro especializado de reforma de menores de carácter cerrado, completada con otra de tres años de situación de libertad vigilada, a tenor del contenido del plan de marcado carácter educativo y resocializador, que en su momento será elaborado por el Sr.Educador designado al efecto. Por el delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad, en primer lugar, la medida de ocho años de internamiento en centro especializado de reforma de menores de carácter cerrado, completada con otra de cinco años de situación de libertad vigilada, a tenor del contenido del plan de marcado carácter educativo y resocializador, que en su momento será elaborado por el Sr.Educador designado al efecto. No obstante lo anterior, por imperativo legal, al imponerse varias medidas, por las razones expuestas, y para cada uno de los tres menores reseñados el plazo total de cumplimiento de la medida de internamiento en Centro especializado de Reforma de menores en régimen cerrado será de ocho años, complementada sucesivamente ésta por la de situación de libertad vigilada de cinco años. Firme la presente resolución se abonará a los mismos el tiempo

cumplido privados de libertad por esta causa con carácter preventivo o cautelar desde los días 2 (Emilio e Iván) y 5 (Abraham) de Abril de 2001, y se remitirá testimonio de particulares de la misma y del acta de las dos sesiones de la audiencia, y de los piezas de convicción al Juzgado de Instrucción de XXX - Diligencias previas nº. Se prorroga la medida de internamiento cautelar en un centro especial de reforma de menores por tiempo de otros tres meses como máximo, librándose al respecto los despachos correspondientes y testimonio de esta sentencia a la pieza separada de medidas cautelares seguidas en este Juzgado con el nº xxx. Se reservan las acciones civiles, en todo caso, a los perjudicados, los padres del joven fallecido, Juan, don Angel y doña Elena; y así, en cuanto la pieza separada de responsabilidad civil, se alza la suspensión de la misma, sin más tramite conforme a las reglas de dicho procedimiento y se concede al anterior, a quienes espontáneamente se consideren como tales y a las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas en el plazo de un mes desde la notificación de esta para poder personarse en dicha pieza separada mediante un escrito, indicando las personas que consideres responsables de los hechos cometidos y contra los cuales pretendan reclamar, bastando con las indicación genérica de su identidad; levándose a tal fin testimonio de particulares de esta sentencia a tal pieza.".

2.- Contra dicha Sentencia, la representación procesal de los condenados interpuso recurso de apelación que fue resuelto, por Sentencia de 27 de septiembre de 2.001, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que contenía el siguiente fallo: "Que DESESTIMANDO los recursos de apelación formulados ... se revoca parcialmente el fallo de la sentencia, en el sentido de establecer que la medida de libertad vigilada solo se podrá imponer a los menores, en su caso, una vez cumplida o finalizada la medida privativa de libertad del internamiento en centro cerrado; y siempre que tal medida de libertad vigilada se considere conveniente para el interés del menor, previa audiencia del Fiscal, sus Letrados y la entidad pública de protección o reforma, declarando así mismo la FIRMEZA DE ESTA SENTENCIA, y manteniendo el resto de los pronunciamientos que no se opongan a ésta, y con declaración de oficio de las costas de esta segunda instancia.".

3.- Notificada esta última Sentencia a las partes, la representación procesal de Emilio preparó e interpuso contra la misma recurso de casación para unificación de doctrina señalando tres contradicciones sobre la Sentencia recurrida y determinados pronunciamientos contenidos en resoluciones de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Jaén constituidas en Salas de Menores y de esta misma Sala.

4.- Por su parte, la representación procesal de Abraham preparó e interpuso el mismo recurso con fundamento en las mismas contradicciones señaladas en el anterior.

5.- La Sala de Menores de la Audiencia Provincial de XXX tuvo por preparados e interpuestos los dos recursos, requirió testimonio de las Sentencia citadas por los recurrentes para contraste con la recurrida y remitió todas las actuaciones previo emplazamiento de los recurrentes y del Ministerio Fiscal.

6.- En esta Sala las partes recurrentes reprodujeron sus escritos de interposición y el Ministerio evacuó el trámite que se le confirió y por las razones que adujo, impugnó las pretensiones deducidas en los recursos.

7.- Por Providencia de 13 de diciembre de 2.002 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para el acto de la vista oral el pasado día 22 de enero. En el acto de la vista, los recurrentes informaron en defensa de sus respectivos recursos y el Ministerio Fiscal reiteró en su informe la impugnación formulada por escrito, seguidamente, la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Contra la Sentencia dictada en apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de XXX, constituida en Sala de Menores, han interpuesto recurso de casación para unificación de doctrina las representaciones procesales de dos de los menores a los que, habiendo sido impuesto por el Juzgado de Menores de dicha ciudad

un internamiento en centro cerrado de reforma por tres años y otro por ocho años, vieron confirmadas dichas medidas en la Sentencia que ahora impugnan ante esta Sala. Las dos partes recurrentes señalan, a efectos de la unificación de doctrina que constituye el objeto de su pretensión tres contradicciones que dicen haber advertido entre la Sentencia recurrida y otros tantos pronunciamientos -dos de otras Salas de Menores y uno de esta misma Sala- por lo que, para evitar inútiles repeticiones, daremos una sola respuesta a cada una de las cuestiones planteadas.

2.- La primera contradicción que señala el recurso interpuesto en nombre de Emilio y la segunda de las señaladas por el otro recurrente, es la que se dice existe entre el particular del fallo de la Sentencia recurrida en que se declara su firmeza por una parte, y la Sentencia y el auto dictados, también conociendo de apelación interpuesta contra Sentencia de un Juzgado de Menores, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz el 5 de Junio de 2.001 por otra, de cuyas resoluciones se deduce, a juicio de las recurrentes, que el Tribunal últimamente citado mantiene un criterio distinto del sostenido por la Audiencia de Zaragoza sobre el efecto suspensivo que debe atribuirse al recurso de casación para unificación de doctrina en relación con la firmeza de la Sentencia dictada en apelación. Teniendo en cuenta el innegable interés que tiene la cuestión suscitada, por cuanto se encuentra íntimamente vinculada a la propia definición de un recurso hasta este momento desconocido en nuestro derecho procesal penal -el establecido en el art. 42 de la Ley 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que en adelante designaremos con las abreviaturas LRPM- esta Sala va a hacer abstracción de que este primer punto litigioso, planteado sólo por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de apelación, no está realmente previsto como objeto del recurso de casación para unificación de doctrina en el art. 42.2 LRPM, puesto que la pretendida contradicción no está obviamente referida a "hechos y valoraciones de las circunstancias del menor" puesto que está determinada por una norma estrictamente procesal. Pese a lo que podría ser considerado un obstáculo a la admisibilidad de esta primera cuestión, nos consideramos obligados a resolverla en el ineludible ejercicio de la función nomofiláctica que a esta Sala incumbe.

Debemos decir, antes de pasar adelante, que así como la atribución de firmeza a la Sentencia dictada en apelación es clara en la recurrida, cuyo pronunciamiento sobre el particular se encuentra largamente razonado en los fundamentos jurídicos décimo cuarto a décimo sexto de la misma, no ocurre lo mismo en las resoluciones de contraste. Por lo pronto, ni en el fallo ni en la fundamentación de la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cádiz se hace alusión alguna a la cuestión de la firmeza. Sólo en el Auto dictado en la misma fecha y en la pieza separada de situación cautelar dimanante del mismo procedimiento, no por cierto en la parte dispositiva sino en el fundamento jurídico séptimo, se dice incidentalmente, al razonar la revocación de las resoluciones adoptadas por el Juez de Menores prolongando la medida cautelar de internamiento más allá del límite establecido en el art. 28.3 LRPM, que "parece lo más razonable entender" que, en la hipótesis de la interposición de un recurso para unificación de doctrina, la Sentencia de esta Sala que lo resolviese podría remover y rectificar situaciones materiales creadas por las resoluciones dictadas en la instancia "que, por ello, no habrían devenido firmes con anterioridad". La Audiencia de Cádiz, en consecuencia, aun absteniéndose prudentemente de pronunciarse sobre un problema que excedía del contenido del recurso resuelto en el mencionado Auto, no dejaba de expresar un criterio favorable al efecto suspensivo del recurso de casación para unificación de doctrina, contrario evidentemente al exteriorizado con inequívoca rotundidad en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Aunque el planteamiento de la contradicción no responde exactamente, como vemos, a los términos previstos en el art. 42.2 LRPM, parece oportuno zanjarla por las dos razones ya adelantadas: el interés intrínseco de la cuestión y la función constitucional de esta Sala como órgano en que culmina el orden jurisdiccional penal.

El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente regulado por el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina -y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley- en el ámbito del derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no sólo se manifiesta en su

carácter tasado -sólo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM- sino en su carencia de efecto suspensivo por lo que es acertada, en este punto, la doctrina mantenida en la resolución recurrida según la cual las sentencias dictadas en apelación por las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia -o, en su defecto, por las Secciones de las Audiencias Provinciales constituidas en Salas de Menores- alcanzan firmeza desde el mismo momento de su pronunciamiento. El derecho a una segunda instancia reconocido a todo sentenciado en causa penal por el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está satisfactoriamente garantizado, en el derecho sancionador de menores, por el recurso de apelación establecido en el art. 41 LRPM, que es de pleno conocimiento, de lo que es legítimo deducir que, aun quedando limitadamente abierta la posibilidad de impugnar en algunos casos las Sentencias resolutorias de la apelación, las mismas deben tener la condición de ejecutorias tan pronto sean dictadas. Lógica consecuencia de la inmediata firmeza de dichas sentencias es que las medidas cautelares que hubieran sido acordadas por el Juez de Menores durante la tramitación del expediente para la custodia y defensa del menor expedientado, deberán cesar al dictarse la Sentencia y ser sustituidas, en su caso, por la medida o medidas de reforma impuestas en ella, lo que obliga a interpretar el último inciso del art. 28.1 LRPM, en que se prevé el mantenimiento de la medida cautelar "durante la sustanciación de los eventuales recursos", excluyendo de estos el que estamos examinando. Esta solución se encuentra abonada además, de un lado, por la dificultad que ofrecería en no pocos casos resolver y tramitar las dos instancias del procedimiento reformador y el recurso de casación en los seis meses que fija el art. 28.3 LRPM para la duración máxima de la medida cautelar de internamiento y, de otro, por la finalidad que a ésta y a las demás medidas cautelares se asigna en el art. 28.1 LRPM. Si entre dichas finalidades se encuentra la defensa del menor expedientado, parece lo más prudente que no sea preceptivo poner fin a un internamiento cautelar por el hecho de que la interposición del recurso de casación determine el agotamiento del plazo legal de seis meses.

Ahora bien, lo que acabamos de decir no significa que el recurso para unificación de doctrina pueda ser equiparado, como se sostiene en la Sentencia

recurrida, al recurso en interés de ley arbitrado en el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los meros efectos de conseguir la deseable unidad jurisprudencial pero sin asignarle, caso de ser estimado, efectos revocatorios de clase alguna. Hay que reconocer que el art. 42.7 LRPM, al decir que la sentencia de casación producirá "los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", no resuelve los problemas que suscita su interpretación toda vez que en la citada Ley no se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, pero sí permite descubrir una línea de orientación si referimos aquellos efectos al recurso de casación por infracción de ley en el que, si se estima y casa la sentencia recurrida, la Sala debe dictar a continuación, separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho. La Audiencia Provincial que dictó la Sentencia sometida a nuestra censura entiende que el marco de referencia válido para determinar la naturaleza del recurso de casación para unificación de doctrina e integrar su incompleta regulación, es el recurso en interés de ley instaurado en la Ley de Enjuiciamiento Civil y no el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento laboral aprobado por RD Legislativo 2/1995. Razona dicho Tribunal que a la Sentencia que dictare la Sala de lo Social del Tribunal supremo no se le podría dejar de asignar efectos revocatorios porque las decisiones de esa jurisdicción, si no son homogéneas, pueden acarrear "graves consecuencias nacionales en el uniforme mundo de las relaciones socio-económicas, laborales, sindicales, de convenios colectivos... etc; que no se pueden equiparar a las decisiones que afectan al mundo individual de una persona sometida a la jurisdicción de menores". Esta Sala no comparte tal opinión. Por trascendentes que puedan ser las consecuencias de una resolución dictada en el orden jurisdiccional social, no lo son menos, desde una perspectiva estrictamente constitucional, las que pueden derivarse de una sentencia en que a un menor se le imponga, por el órgano especializado del orden jurisdiccional penal, un internamiento de reforma en régimen cerrado que consiste en una verdadera privación de libertad. Es por ello por lo que una sentencia estimatoria del recurso para unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de una Sala de Menores tendrá necesariamente efectos revocatorios materiales si, con ocasión del examen de las contradicciones que son objeto del recurso, se llega a la conclusión de que debe prevalecer, en favor del menor en cuyo nombre se ha interpuesto la alzada, la doctrina mantenida en la sentencia o sentencias

de contraste que se declara más conforme a derecho. Sólo en el caso, podemos decir, de que la doctrina asumida favorezca al menor pues ello parece ser ineludible exigencia de la firmeza de la sentencia recurrida, circunstancia ésta que aproxima la naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina a la del llamado recurso de revisión. En el nuevo recurso el interés de la ley no está, pues, disociado del interés del menor por cuya razón, los modelos que han de ser tenidos en cuenta, para la interpretación de los puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser, de una parte, el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, de otra, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. LECr.

En definitiva y circunscribiéndonos a la cuestión planteada en la primera contradicción señalada en el recurso interpuesto por la representación de Emilio -segunda de las señaladas por la otra parte recurrente- y a los problemas directamente relacionados con aquélla, debemos declarar:

A) La interposición del recurso de casación para unificación de doctrina, establecido en el art. 42 LRPM, no suspende la firmeza de la Sentencia recurrida, dictada por la Sala de Menores que conoció del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juez de Menores.

B) Es ajustado a derecho, en consecuencia, declarar la firmeza de la Sentencia de la Sala de Menores una vez pronunciada, acordar el cese de la medida cautelar que pudiese haber sido adoptada durante la tramitación del expediente y ordenar, en su caso, la ejecución de la medida de reforma impuesta en dicha Sentencia.

C) Si el recurso de casación para unificación de doctrina fuese estimado, la Sala que resuelva el recurso dictará nueva Sentencia ajustando la situación creada por la recurrida a la doctrina que se haya declarado más ajustada a derecho, siempre que ésta resultare más favorable al menor sometido a reforma.

D) En ningún caso los pronunciamientos de la Sentencia de casación alcanzarán a las situaciones jurídicas creadas por resoluciones precedentes a la recurrida.

No procede, en consecuencia, con las salvedades que se deducen de los anteriores razonamientos, estimar la contradicción denunciada en el motivo primero del recurso de la representación de Emilio José Pisa Muñoz y en el segundo de la de Abraham Hernández Hernández.

2.- La segunda contradicción señalada en el recurso de la representación procesal de Emilio -tercera en el recurso de la representación de Abraham - es la que se dice existe entre los razonamientos en que se apoya, en la Sentencia recurrida, la atribución a los menores del ánimo de matar y la consiguiente condena de los mismos como coautores de un delito de homicidio, y los expuestos en la Sentencia de esta Sala 417/1998 en la que se llegó a una solución distinta en relación con algunos de los que fueron acusados en el procedimiento de que dimanó el recurso de casación en que la indicada Sentencia se dictó. Este motivo de los recursos que analizamos no puede ser estimado. Como se dice en la exposición de motivos de la LRPM y ya hemos recordado en el fundamento jurídico anterior, la finalidad del nuevo recurso es reforzar la garantía de la unidad de doctrina "en el ámbito del derecho sancionador de menores", quedando explicitado el sentido de esta frase en el art. 42.2 LRPM en que se dispone que las contradicciones doctrinales que pueden dar lugar al recurso tienen que estar referidas a "hechos y valoraciones del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos". Significa esto -decíamos en nuestra reciente Sentencia 1836/2002- que lo perseguido a través de este remedio "es alcanzar, en el tratamiento de la responsabilidad penal del menor y en su orientación educativa, siempre inspirada por el superior principio del interés del menor, el grado de coherencia y previsibilidad, dentro de la propia jurisdicción, que exigen los principios de igualdad y seguridad jurídica". En principio, hay que considerar ajenas a esta problemática las diferencias que creen advertir las partes recurrentes entre los criterios seguidos en la Sentencia recurrida y los seguidos en la de contraste sobre extremos tales como la inferencia del "animus necandi" en los autores del hecho y el concepto de

la coautoría. En términos generales, debe entenderse que las decisiones adoptadas en la jurisdicción de menores sobre materias como éstas u otras que tampoco tengan relación con las circunstancias del menor y la orientación que debe inspirar su tratamiento, encuentran su último control de legalidad en el recurso de apelación de que han de conocer las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia o, en su defecto, las que se constituyan en las Audiencias Provinciales. Ello con independencia de que podamos decir, en este caso, que la doctrina sostenida en la Sentencia recurrida sobre los dos puntos en que se refieren las partes recurrentes no es, en modo alguno contradictoria con la que, de forma prácticamente uniforme, se viene manteniendo por esta Sala en sus más recientes pronunciamientos. No procede, en consecuencia, estimar la circunstancia contradicción aducida en los motivos segundo y tercero, respectivamente, de los recursos interpuestos en nombre de los menores Emilio y Abrahám, por lo que dichos motivos deben ser rechazados.

3.- La tercera contradicción señalada en el recurso de la representación procesal del menor Emilio, que en el escrito de la representación de Abraham figura en primer lugar, es la que se ha producido, en opinión de estas partes, al ser impuesta a los menores en la Sentencia recurrida, una medida de internamiento durante ocho años en centro de régimen cerrado por un delito de homicidio con la agravante de abuso de superioridad, en tanto la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, constituida en Sala de Menores, en Sentencia dictada el 26 de Junio de 2.001, confirmó en apelación la imposición de una medida de la misma naturaleza por seis años a un menor declarado autor responsable de un delito de asesinato. Tampoco en este caso hay motivo para que resolvamos la pretendida contradicción por ser esta inexistente, procediendo en consecuencia desestimar la última impugnación de que es objeto la Sentencia recurrida. Debemos decir, en primer lugar, que no es en modo alguno clara y manifiesta la diferencia doctrinal que se denuncia. En el fundamento jurídico sexto de la Sentencia recurrida y en respuesta a la pretensión de una de las partes apelantes, según la cual en la resolución de primera instancia había sido infringido por el Juez de Menores el art. 7.3 LRPM, se dedican unos breves razonamientos a fundamentar la duración de las medidas impuestas. Pero en la Sentencia de contraste -que no figura en estos autos de casación sino en los de apelación- no se hace ninguna consideración

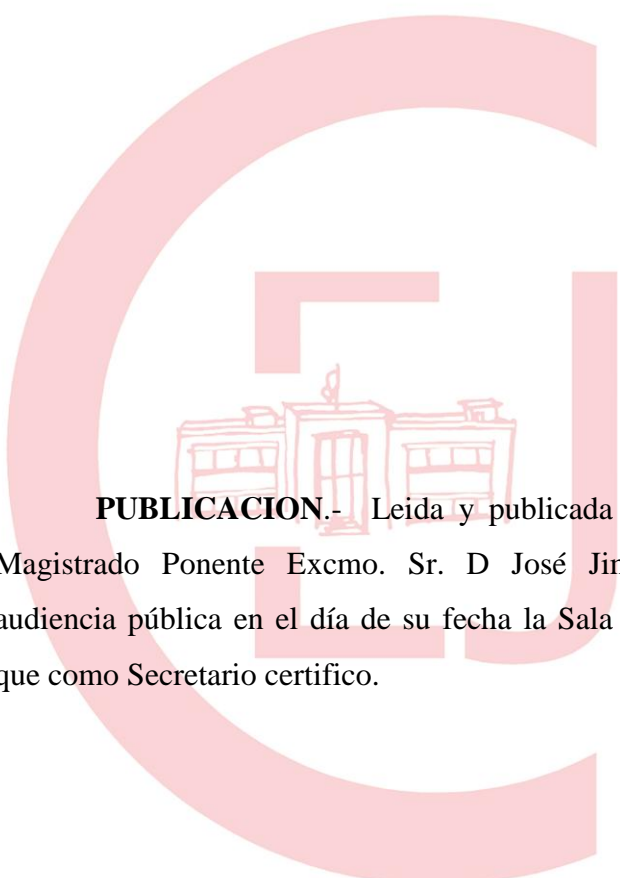
sobre este tema toda vez que en aquella ocasión ninguno de los apelantes lo suscitó. Y en segundo lugar, hay que tener en cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.3 LRPM, en la elección de la medida o medidas adecuadas se debe "atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor", lo que quiere decir que no deben ser tenidas por contradictorias dos decisiones de distintas Salas de menores por el mero hecho que la duración del internamiento impuesto en una de ellas, en razón de un delito de homicidio agravado por la circunstancia de abuso de superioridad, sea mayor de que la duración del internamiento impuesto en la otra por un delito de asesinato. Aunque el asesinato es evidentemente un delito más grave que el de homicidio -aun concurriendo en éste una circunstancia agravante- no es la valoración jurídica del hecho el único ni el más importante de los factores a que hay que atender en la elección de la medida adecuada para la reforma del menor. La diferencia entre la medida impuesta en la Sentencia recurrida y la impuesta en la Sentencia de contraste no es, pues, reveladora de una distinta doctrina "respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias" de los menores a los que se impusieron las medidas sino, sencillamente, de que en uno y otro caso se tuvo en cuenta no tanto la calificación jurídica del hecho cometido como las circunstancias diversas que en los menores concurrían. No procede, por tanto, declarar la existencia de la última contradicción denunciada ni lógicamente resulta necesario resolverla mediante un pronunciamiento de esta Sala que fije la doctrina más correcta por lo que, rechazando los motivos tercero y primero, respectivamente, de los recursos interpuestos en nombre de los menores Emilio y Abraham, quedan desestimados los dos recursos.

III. FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de casación para unificación de doctrina interpuestos por las representaciones procesales de Emilio y Abraham contra la Sentencia dictada, el 27 de septiembre de 2.001, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de XXX en el rollo de apelación núm. dimanante del expediente de reforma núm., del Juzgado de menores de XXX, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por Emilio y Abraham, condenando a los recurrentes al pago de

las costas devengadas en el presente recurso. Póngase esta resolución en conocimiento de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de XXX, a la que se remitirán cuantos antecedentes elevó en su día a esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos



PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Jiménez Villarejo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



Centro de
Estudios
Jurídicos

2.- TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°:699/2012

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINAN°:20141/2012

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia

Fecha Sentencia: 24/09/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: AMV

***Menores. Unificación de interpretación. El art. 10.2 LORPM presenta unas medidas sancionadoras especiales respecto al régimen general del art. 7.2.**

Nº: 20141/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

Fallo: 19/09/2012

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº:699/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Septiembre de dos mil doce.
En el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** y la representación de **RAFAEL MORENO Y**

ANTONIO, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de VVV, Sección Quinta, de fecha 5 de octubre de dos mil once, la causa fue seguida respecto de los menores Rafael y Antonio, por delito continuado de agresión sexual, una falta de lesiones, una falta de hurto y un delito contra la Administración de Justicia, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal; estando los recurrentes Rafael y Antonio, ambos representados por la Procuradora Sra. Hurtado Pérez.

I. ANTECEDENTES

Primero.- EL FISCAL, al amparo del art. 42 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, en relación con los arts. 847, 854, 849.1º y concordantes de la LECrim. en lo que resulten aplicables, interpone recurso de casación para unificación de doctrina contra la Sentencia nº 569/2011, de 5 de octubre, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de VVV, que confirmó en apelación (Rec. Nº 70/2011) la dictada en fecha 9 de junio de 2011, por el Juzgado de Menores nº 4 de esa Capital en Expediente de Reforma nº 1587/09 instruido por la Sección de Menores de la Fiscalía de VVV (nº 400/2009 del Juzgado de Menores nº de VVV).

La causa fue seguida respecto de los menores **Rafael Moreno y Antonio** por delito continuado de agresión sexual, previsto en los arts. 178, 179, 180.2º y 74 del CP; una falta de lesiones del art. 617.1º CP, una falta de hurto del art. 623.1º CP y un delito contra la Administración de Justicia, del art. 464.1º del CP.

El Juzgado de Menores número de VVV con fecha 9 de junio de dos mil once dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:** *"En la madrugada del día 23 de julio de 2009, cuando María, se encontraba en la Zona de TT dónde se estaban celebrando las Fiestas de la localidad de XXX, y en concreto en la barra del chiringuito de la Falla CCC, se le acercaron los menores Rafael no y Antonio y un tercero no identificado, y el menor Antonio la invitó a un licar y aprovechando que en el lugar había gente y la música estaba muy alta, y con ánimo de satisfacer sus instintos libidinosos, uno la agarró por la espalda y los otros por los brazos y empujándola la llevaron a la parte de atrás del chiringuito, hasta un campo cercano y cerca de una caseta, y como quiera que ella se resistía, le dieron bofetones, tirones de pelo, la empujaron, la arrastraron, la taparon la boca para que dejara de gritar, al tiempo que le decían "cállate o te vamos a matar", hasta que finalmente la tiraron al suelo, dónde tras sujetarla los menores, el tercero no identificado intentó introducir su miembro viril en la boca de María, no lográndolo por la resistencia que ella mostraba, por lo que el menor Rafael cogió una piedra se la puso en la cara y le dijo que "si no se estaba quieta la mataría"; inmediatamente el tercero no identificado le bajó violentamente los pantalones y las bragas a María, mientras el menor Antonio se bajaba sus pantalones y calzoncillos, para seguidamente introducir su miembro viril en la vagina de María, penetrándola, hasta que María gritó "que conocía a la familia de los CCCC", cesando su actividad, siendo auxiliada la víctima por unas chicas peruanas.*

María sufrió lesiones en la cabeza: eritema y erosión de 3x1 cms. en pómulo izquierdo, erosión de 1 cm. en sien izquierda, contusión y edema en oreja izquierda y región mastoide izquierda, contusión y edema en dorso nasal, erosión de 5 mm. en pómulo derecho, equimosis frontal izquierda de 1 cm. En el cuello: equimosis de 5 mm. en lado derecho del cuello. En la espalda: erosiones múltiples por arrastre de dirección longitudinal al eje del cuerpo en escápula izquierda, zona cervical alta a nivel de C7 de 3x2 cms., parte posterior del hombro izquierdo y en la zona lumbar también de carácter múltiple y en la

misma dirección, equimosis de 1 cm. en glúteo derecho. En el abdomen: múltiples erosiones por arrastre de dirección longitudinal al eje del cuerpo en toda la zona abdominal entre ombligo y diafragma, y en flanco derecho, éstos con costra seca. Se aprecian además claros moratones en ambas cretas ilíacas de 2x1 cms. en la derecho y 4x2 y 2x1 en la izquierda. En miembros superiores: equimosis por presión digital en los bíceps de ambos brazos asociados a tres más en cara interna del brazo izquierdo, equimosis amoratadas en la parte posterior del codo derecho de 2 cms. asociada a escoración con costras de 5 cm y equimosis de 2x1 cm. En miembros inferiores: presenta 5 equimosis recientes sobre la tibia derecha, erosión de cm. sobre muslo derecho en su cara interna, erosiones múltiples sobre muslo derecho en su cara interna, erosiones múltiples sobre muslo dercho en su cara externa y otra de 5 cm. en cadera derecha, equimosis de 4x1 cm. en muslo izquierdo, erosión rodilla izquierda, equimosis de 3x2 cms. en cara inerna del tobillo izquierdo, cuatro equimosis de 1 cm. sobre muslo izquierdo. Las referidas lesiones requirieron de una asistencia facultativa, estando 8 días incapacitada para sus ocupaciones habituales y quedándole como secuela un trastorno adaptativo del ánimo.

Como consecuencia de estos hechos quedaron inservibles los zapatos, los pantalones y el top de María.

No ha quedado acreditado que los menores sustrajeran el bolso que contenía 40 euros, 2 móviles y otros efectos personales.

No ha quedado acreditado que fuera el menor Rafael el que al día siguiente acudiese a casa de la víctima y le amenazara con causarle un mal si no retiraba la denuncia".

Segundo.- El Juzgado número de Menores número de VVV dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos como autores de un delito continuado de agresión sexual y una falta de lesiones, se impen a los menores Rafael y Antonio, la medida de seis años de internamiento en régimen

cerrado, dividido en dos períodos: una permanencia de cuatro años y medio de internamiento y un año y medio de libertad vigilada, seguido de tres años de libertad vigilada con asistencia educativa consistente en educación sexual y de género, y mejora de su competencia social.

Se absuelve a los menores de falta de hurto y del delito contra la Administración de Justicia.

Procede el abono de medida cautelar.

En concepto de responsabilidad civil, los menores indemnizarán a María en 2.600 euros por las lesiones y secuelas, y en la cantidad que se acredite en trámites de ejecución de sentencia por los desperfectos causados en la ropa y calzado, más intereses".

La Audiencia Provincial de VVV de fecha 5 de octubre de dos mil once, dictó sentencia de apelación cuya parte dispositiva es la siguiente:

FALLAMOS: *Que, con estimación en parte del recurso de apelación interpuesto por la representación de Rafael y Antonio, contra la Sentencia número 165/2011, de fecha nueve de junio de dos mil once, dictada en el Expediente de Reforma número 400/2009 del Juzgado de Menores número de VVV, al que correspondió el rollo de apelación número 70/2011, dejamos sin efecto la indemnización de dos mil ciento setenta euros con setenta y dos céntimos (2.170,72 euros) por la secuela, cuya determinación se deja para el trámite de ejecución de la Sentencia, y con desestimación del resto del recurso y de la alegación del Ministerio Fiscal de improcedencia de dividir en dos periodos el internamiento en régimen cerrado, la confirmamos y hacemos firme en todo lo demás, con declaración de oficio de las costas de esta alzada.*

Notifíquese a las partes esta resolución, contra la que, conforme al artículo 42 de la Ley Orgánica de la responsabilidad Penal de los Menores, cabe interponer recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala Segunda de lo penal del Tribunal Supremo, que deberá prepararse en el plazo

de diez días siguientes a la notificación en escrito dirigido a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de VVV".

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina por **el Ministerio Fiscal y la representación de Rafael y Antonio** que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal, formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

El Ministerio Fiscal:

ÚNICO.- Se formaliza el recurso de amparo del art. 42 LORPM, en torno a un único MOTIVO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, por existir Sentencia dictadas en apelación que resultan contradictorias entre sí y que han dado lugar a una diversa aplicación del art. 10.2 de la LRPM.

La representación de **Rafael y Antonio** :

ÚNICO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española y el art. 42.2 de la LRPM.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 19 de septiembre de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso interpuesto por el Ministerio fiscal es de unificación de doctrina y se formaliza contra la sentencia de 5 de octubre de 2011, dictada por la Audiencia provincial de Valencia en apelación de la dictada por el Juzgado de menores nº de VVV, en el Expediente de reforma 1587/09. La causa fue seguida por delito continuado de agresión sexual, una falta de lesiones, otra de hurto y un delito contra la Administración de justicia.

El núcleo sobre el que insta la unificación consiste en determinar si las medidas del art. 10.2 de la LORPM están, o no, exceptuadas de la división en dos períodos en el sentido previsto en el art. 7.2 de la mencionada ley. La Audiencia provincia declara que el art. 10.2 no puede ser entendido sin el complemento del art. 7.2, ambos de la LORPM. En su consecuencia, ratifica el fallo del Juzgado de menores que impuso "una medida de internamiento de seis años dividido en dos periodos, una permanencia de cuatro años y medio de internamiento y un año y medio de libertad vigilada, segundo de tres años de libertad vigilada con asistencia educativa consistente en educación sexual y de género y mejora de su competencia social".

El Ministerio público disiente de la interpretación de la mencionada Audiencia al art. 10.2 de la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores, destacando que la doctrina contenida en el Auto recurrido es contradictoria con otra doctrina que considera consolidada y que ha sido aplicada en las sentencias de contraste que proporciona en el recurso de casación que plantea.

Argumenta el Ministerio público que la cuestión que plantea requiere la interpretación unificadora que puede proporcionar la Sala de casación, toda vez que expone la contradicción existente en la interpretación efectuada en la sentencia recurrida, con otras que designa e incorpora a la impugnación. Entiende que la unificación es relevante al incidir, necesariamente *“no sólo en el pronunciamiento de la sentencia en cuanto a las medidas impuestas, sino al contenido, duración y objetivos de la medida de internamiento regulada por el citado art. 10.2 impuesta en los dos casos confrontados y en muchos otros”*.

La Audiencia de VVV entiende que el art. 10.2 LORPM "no constituye un todo cerrado y perfecto en sí mismo", siendo preciso interpretarlo junto al art.7 que establece el régimen, definición y contenido de las medidas de internamiento y de libertad vigilada. En ese entendimiento, interpreta la norma en el sentido de aplicar el art.7.2 en el que se establece que *“la medida de internamiento constarán de dos periodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo (en el que se definen las medidas), el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración no excederá del tiempo que se expresa en los arts. 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos periodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia”*. En consecuencia, divide el periodo de internamiento en dos fases, de internamiento propiamente dicho y de libertad vigilada, y, a continuación, dispone una segunda medida de libertad vigilada.

El Ministerio fiscal entiende, por el contrario, que tratándose de hechos de extrema gravedad, conforme se ha declarado por el Juzgado de menores y la Audiencia, tiene un régimen especial de determinación de la pena, distinto del régimen general previsto en el art. 7.2 de la LORPM. Así, en los supuestos del

régimen general la medida de internamiento se divide en dos tramos de ejecución, uno de efectivo internamiento y otro de libertad vigilada. En los supuestos de especial gravedad, la medida de internamiento se complementa, "en su caso" con otra de libertad vigilada. Esto es, la libertad vigilada no forma parte de la medida de internamiento, sino que es complemento de la de internamiento, y por ello la ley emplea la expresión "en su caso". No es esta la única diferencia, pues, como señala el Ministerio público, la ejecución de las medidas conforme al art. 10.2, la medida de libertad vigilada tiene un contenido expreso, educativo cuando se trata de menores de dieciseis y diecisiete años, deben ser ratificadas al término del internamiento en un proceso expresamente previsto y se llevan a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento.

SEGUNDO.- Antes de abordar la cuestión objeto de unificación hemos de ratificar anteriores pronunciamientos de esta Sala sobre el alcance de este recurso de casación para unificación de doctrina.

Dijimos en la STS 115/2003 de 3 de febrero, con reiteración de la anterior 1836/2002, de 7 de noviembre, y ahora ratificamos que "El recurso de casación para unificación de doctrina, establecido e insuficientemente regulado por el art. 42 LRPM, es un remedio extraordinario cuya finalidad es reforzar, a través de la jurisprudencia de esta Sala, la garantía de la unidad de doctrina -y consiguientemente del principio de seguridad jurídica y del derecho a la igualdad de todos ante la ley- en el ámbito del derecho sancionador de menores. Debe entenderse que la naturaleza extraordinaria de este recurso no sólo se manifiesta en su carácter tasado -sólo puede ser interpuesto para resolver, en determinados supuestos de especial gravedad, las contradicciones doctrinales a que se refiere el apartado 2 del art. 42 LRPM- sino en su carencia de efecto suspensivo.... Ahora bien, lo que acabamos de decir no significa que el recurso para unificación de doctrina pueda ser equiparado, como se sostiene en la

Sentencia recurrida, al recurso en interés de ley arbitrado en el art. 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los meros efectos de conseguir la deseable unidad jurisprudencial pero sin asignarle, caso de ser estimado, efectos revocatorios de clase alguna. Hay que reconocer que el art. 42.7 LRPM, al decir que la sentencia de casación producirá "los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", no resuelve los problemas que suscita su interpretación toda vez que en la citada Ley no se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, pero sí permite descubrir una línea de orientación si referimos aquellos efectos al recurso de casación por infracción de ley en el que, si se estima y casa la sentencia recurrida, la Sala debe dictar a continuación, separadamente, la sentencia que proceda conforme a derecho....[tampoco es asimilable en sus efectos al recurso de unificación instaurado en el art.216 y siguientes del Texto Refundido del Procedimiento Laboral], por trascendentes que puedan ser las consecuencias de una resolución dictada en el orden jurisdiccional social, no lo son menos, desde una perspectiva estrictamente constitucional, las que pueden derivarse de una sentencia en que a un menor se le imponga, por el órgano especializado del orden jurisdiccional penal, un internamiento de reforma en régimen cerrado que consiste en una verdadera privación de libertad. Es por ello por lo que una sentencia estimatoria del recurso para unificación de doctrina interpuesto contra la Sentencia de una Sala de Menores tendrá necesariamente efectos revocatorios materiales si, con ocasión del examen de las contradicciones que son objeto del recurso, se llega a la conclusión de que debe prevalecer, en favor del menor en cuyo nombre se ha interpuesto la alzada, la doctrina mantenida en la sentencia o sentencias de contraste que se declara más conforme a derecho. Sólo en el caso, de que la doctrina asumida favorezca al menor pues ello parece ser ineludible exigencia de la firmeza de la sentencia recurrida, circunstancia ésta que aproxima la naturaleza del recurso de casación por unificación de doctrina a la del llamado recurso de revisión. En el nuevo recurso el interés de la ley no está, pues, dissociado del interés del menor por cuya razón, los modelos que han

de ser tenidos en cuenta, para la interpretación de los puntos que en la regulación legal han quedado oscuros o insuficientemente resueltos pese a la primordial remisión a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, han de ser, de una parte, el recurso para unificación de doctrina regulado en el art. 216 y ss. del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y, de otra, el recurso de revisión regulado en los arts. 954 y ss. LECr.

TERCERO.- Abordamos la cuestión planteada en unificación que no es otra que la de determinar si el art. 10.2 de la LORPM dispone un régimen especial de determinación y ejecución de las medidas, distinto y especial respecto al régimen, podríamos decir, general, previsto en el art. 7.2 de la misma ley.

Desde una interpretación gramatical de la norma, parece obvio que el precepto es especial y dispone una formulación específica para una situación especial, cual es la gravedad del hecho objeto del enjuiciamiento y del reproche contenido en la sentencia. Se trata de un delito muy grave, el delito de agresión sexual, así considerado en el art. 10.2 de la LORPM en la relación de delitos que expresa y al que corresponde unas concretas prevenciones sobre las medidas que corresponde imponer. El tenor literal del precepto dice que en los supuestos que se relacionan, entre ellos el delito del art. 179, 180 Cp, "el Juez deberá imponer las medidas siguientes: ...". Se trata de una "regla especial de aplicación y duración de las medidas" que por su especialidad se sustrae a la regla general prevista en los arts. 7 y 9 de la L. Orgánica de responsabilidad penal de menores (L.O. 5/2000 en la redacción dada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre). Así, frente al supuesto general en el que la medida de internamiento se divide en dos periodos, uno de internamiento propiamente dicho y otro de libertad vigilada "en la modalidad elegida por el juez", en los supuestos de especial gravedad, la norma a tener en cuenta es la del art.10.2 al que "deberán imponerse las medidas siguientes", uno de internamiento, con la variación

permanente que se establece en función de la edad del infractor, y otra que complementará "en su caso" de libertad vigilada. Esa complementación está sujeta a varias precisiones. En primer lugar, es facultativa o, al menos, debe examinarse en cada caso su procedencia, y debe ratificarse al término de la ejecución de la medida de internamiento, para valorar su procedencia. Ese el sentido que debe darse a la expresión "en su caso", señalando la ley un procedimiento en el que debe adoptarse esa ratificación. Además está sujeta a un régimen especial de sustitución, suspensión y modificación de las medidas que se sustrae al régimen general que posibilita estas alteraciones.

Desde una interpretación lógica no es plausible una ejecución de un reproche concebido en términos de sanción en el que primero es internamiento, luego una libertad vigilada "en la modalidad exigida por el Juez" y, a continuación, otro periodo de libertad vigilada con un contenido educativo. No parecen lógicos esta sucesión de medidas de libertad vigilada con contenidos, en principio, distintos. Si la medida de libertad vigilada se presenta como una oportunidad de acomodar el paso de un internamiento a una libertad, no es procedente tantos supuestos de libertad vigilada con un contenido diverso, sino que en atención a cada supuesto, habrá que examinar la procedencia de la medida de libertad en cada caso, atendiendo también a la duración del internamiento. Por último, la especialidad del supuesto, derivado por la especial gravedad de la infracción, aconseja un tratamiento de la consecuencia jurídica también especial, en los términos en los que la ley establece y que hemos expuesto.

En consecuencia, procede estimar la queja casacional formulada por el Ministerio fiscal para unificación de doctrina interpretativa del art. 10.2 de la LORPM, en los términos que resultan de la anterior fundamentación.

RECURSO DE RAFAEL Y ANTONIO

CUARTO.- Estos recurrentes prepararon una impugnación por recurso de casación en el que planteaban diversas impugnaciones por error de derecho, de hecho y vulneración de derechos fundamentales. Dicha impugnación no debió ser admitida en su preparación pues la sentencia dictada era en aplicación de otra del Juzgado de menores y, por lo tanto, no era susceptible de recurso de casación conforme al art. 848 de la Ley procesal.

No obstante, ha formalizado la impugnación casacional y, en este trámite, se ajusta a las exigencias del art. 42 de la LORPM y la formaliza para unificación de doctrina instando ese pronunciamiento sobre la base que entiende es contradictoria con otras sentencias: "a la duración de las medidas impuestas". Argumenta que en otros casos, que entiende idénticos, las medidas han sido de menor duración.

La función de unificación que corresponde a esta Sala no comprende la concreta duración de la medida y el internamiento acordado. Se trata de facultades de individualización que competen al juzgado y tribunal atento a los presupuestos de actuación que establece la propia ley en su art. 7.3, edad, circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, sobre los que no es factible establecer la identidad fáctica sobre la que aplicar la norma y la sanción dispuesta por el ordenamiento. La identidad precisa no va referida al tipo de delito sino, en todo caso, a los presupuestos de individualización siempre distintos, unos y de otros.

Procede la desestimación de la petición de unificación.

III. FALLO

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN para unificación de doctrina interpuesto por el **Ministerio Fiscal**, contra la sentencia dictada el día 5 de octubre de dos mil once por la **Audiencia Provincial de VV, Sección Quinta**, en la causa seguida respecto de los menores Rafael y Antonio, por delito continuado de agresión sexual, una falta de lesiones, una falta de hurto y un delito contra la Administración de Justicia. En su consecuencia la interpretación del art. 10.2 LORPM se unifica en los términos expuestos en la argumentación de esta Sentencia. Declarando de oficio el pago de las costas causadas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

F A L L A M O S: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR** AL RECURSO DE CASACIÓN para unificación de doctrina interpuesto por la representación de **Rafael y Antonio**, contra la sentencia dictada el día 5 de octubre de dos mil once por la **Audiencia Provincial de VVV, Sección Quinta**, en la causa seguida respecto a ellos mismos, por delito continuado de agresión sexual, una falta de lesiones, una falta de hurto y un delito contra la Administración de Justicia. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas causadas por mitad. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Luciano Varela Castro

Diego Ramos Gancedo

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.



Centro de
Estudios
Jurídicos

3. TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°:74/2014

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINAN°:20620/2013

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Tercera

Fecha Sentencia: 12/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: MBP

- UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. MENORES.

*** El régimen de cumplimiento de una medida de internamiento en régimen cerrado impuesta al menor que al cometer el hecho delictivo de extrema gravedad tenía 16 ó 17 años, obliga imperativamente a extinguir la mitad de su duración, sin posibilidad en ese tiempo de modificación, suspensión o sustitución de tal medida.**

Nº: 20620/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Fallo: 05/02/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº:74/2014

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Manuel Marchena Gómez
D. Carlos Granados Pérez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación para unificación de doctrina, que ante Nos pende, interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de BBB que en trámite de apelación y con estimación parcial del recurso interpuesto por el Fiscal, revocó solo parcialmente la dictada en fecha 28 de enero de 2013, por el Juzgado de Menores nº de esa Capital en Expediente de Reforma nº 145/2012, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal y el recurrido menor Francisco representado por la Procuradora Sra. Urdiales González.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Menores nº 6 de BBB en fecha 28 de enero de 2013 dictó sentencia donde se condenaba al menor Francisco como autor responsable de un delito de abuso sexual del art. 181.1 y 4 del Código Penal, imponiéndole la medida de 1 año de internamiento en régimen cerrado, complementado por 2 años de libertad vigilada.

2.- La Audiencia Provincial de BBB, Sección Tercera, con fecha 17 de mayo de 2013, resolviendo recurso de apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de Menores nº de BBB de fecha 18 de enero de 2013, dictó sentencia cuya Parte Dispositiva es la siguiente: *Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la abogada D^a Mireia Graupera Parra, en defensa del menor Francisco, y estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, ambos contra la sentencia dictada el día 28 de enero de 2013 por el Juzgado de Menores nº de BBB, en el Expediente nº 145/12, seguido por un delito de agresión sexual, revocamos parcialmente dicha resolución, en el*

solo sentido de declarar que procede la condena del menor como autor de un delito de agresión sexual, pero confirmando en esta alzada el resto de pronunciamientos que se contienen en dicha sentencia sobre las medidas impuestas, la suspensión condicionada del internamiento que establece, así como la responsabilidad civil que se fija en la misma. Notifíquese esta sentencia en legal forma. Devuélvanse el expediente al Juzgado de Menores n° de BBB del que procede, con certificación de esta sentencia para su conocimiento y demás efectos legales.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el **Ministerio Fiscal**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN: Motivo único.- Al amparo del art. 42 LORPM, por existir sentencias dictadas en apelación que resultan contradictorias entre sí, y que han dado lugar a una diversa aplicación del art. 10.2.b de la LORPM en el punto relativo a la posibilidad de suspensión de la medida de internamiento en régimen cerrado sin haber transcurrido la mitad de la duración de la medida, en el caso de los delitos de extrema gravedad previstos en dicho art. 10.2 LORPM, cuando el menor tuviera 16 ó 17 años al tiempo de comisión de los hechos.

5.- Instruida la representación de la parte recurrida, solicitó la inadmisión y subsidiaria desestimación del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 5 de febrero de 2014.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El Mº Fiscal articula un motivo único contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3ª), con apoyo procesal en el art. 42 L.O.R.P.M.

1. La razón del motivo estriba en la contradicción existente con otras sentencias dictadas por Audiencias Provinciales y otra pronunciada por este Tribunal y que han dado lugar a una diversa aplicación o interpretación del art. 10.2. b de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, en el punto relativo a la posibilidad de imposición de la medida de internamiento en régimen cerrado sin haber transcurrido la mitad de la duración de la medida, en el caso de los delitos de extrema gravedad previstos en dicho art. 10.2 cuando el menor tuviera 16 ó 17 años al tiempo de comisión de los hechos.

2. Al Fiscal le asiste razón. Así, cuando interpuso recurso ante el Juzgado nº de Menores, la Audiencia Provincial reconoció el error de calificación de la sentencia del juez de menores y sin alterar los hechos probados llega a la conclusión, con acogimiento del recurso del Fiscal, de que los hechos eran inequívocamente subsumibles en el art. 179 del C. Penal (violación). Sin embargo tal decisión que hubiera determinado un cambio de régimen de cumplimiento de las medidas no fue modificado, como procedía a consecuencia del cambio de calificación.

El Fiscal intentó la corrección del error a través de la vía de aclaración de sentencia, si bien la Audiencia, aunque pudiera reconocer que le asistía razón, parece ser que entendió que el pronunciamiento omitido y ahora interesado por el Fiscal excedía de un simple auto de aclaración.

Así pues, la Audiencia de ese modo viene a mantener de forma expresa la suspensión de una medida de internamiento impuesta por un delito de

extrema gravedad y lo hace pese a no haber transcurrido la mitad del cumplimiento de dicha medida. La Audiencia, por esta vía aplica el mismo régimen general de suspensión a un delito de extrema gravedad que a otro que no reúne tal condición.

El art. 10.2 nos dice:

"Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los arts. 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del C.P., o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a 15 años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a. Si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere 14 ó 15 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b. Si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere 16 ó 17 años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto solo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida impuesta a las que se refieren los arts. 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta".

3. El Fiscal ha acreditado los requisitos para la aplicación del inciso segundo del art. 10.2.b y de la L.O.R.P.M.:

a) El menor al cometer el hecho tenía 17 años.

b) El delito por el que se le condena es de extrema gravedad según la Ley Penal del Menor (art. 179 C. Penal).

c) Resulta de plena aplicación y han sido oportunamente invocadas las sentencias de contraste a que se refieren los antecedentes de la presente resolución:

- S. nº 2/2004 de 13 de enero de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Madrid.

- S. 515/2008, de 27 de noviembre de la La Coruña. S. 357/2011 de la Audiencia de Pontevedra, Sección 2ª de 19 de diciembre.

- S. 237/2010 de 23 de julio de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1ª).

- STS 699/2012 de 24 de septiembre.

Ahora bien, la estimación del recurso del Fiscal por la concurrencia de las exigencias legales no puede pasar por alto el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala que el 13-marzo-2013 declaró: *"Sin perjuicio del valor de la doctrina plasmada para supuestos futuros, la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de menores (art. 42 L.O.R.P.M.) solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor"*.

Por todo ello la estimación del motivo del Fiscal tendrá efectos para situaciones futuras pero carecerá de efectos revocatorios materiales en tanto que la doctrina cuya unificación se pretende en este caso concreto no favorece al menor a quien ya se le ha otorgado la suspensión de la medida de internamiento.

III. FALLO

Con estimación del recurso del Fiscal debemos declarar y declaramos que el régimen de cumplimiento imperativo de una medida de internamiento constituye una disposición especial que siempre deberá aplicarse (art. 10.2. b inciso segundo) en los supuestos de delitos de extrema gravedad en los términos definidos por dicho art. 10 de la L.O.R.P.M. La presente sentencia no altera las decisiones acordadas ya, por ser beneficiosas para el menor.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa , lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Juan Saavedra Ruíz

José Ramón Soriano Soriano

Francisco Monterde Ferrer

Manuel Marchena Gómez

Carlos Granados Pérez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D José Ramón Soriano Soriano, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

4. TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

*Sentencia N°:*745/2008

*RECURSO CASACIONN°:*1902/2007

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas

Fecha Sentencia: 25/11/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: AMG

Problemática sobre la aplicación del art. 4.2 LORPM. Doctrina de la Sala.

...

RECURSO INTERPUESTO POR EL MINISTERIO FISCAL

PRIMERO: El motivo primero por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 LECrim. por aplicación indebida del art. 4 Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los Menores de 12.1.2000 en relación con el art. 69 CP., respecto del acusado AAA .

Estima el Ministerio Fiscal que la aplicación del referido art. 4, por cuya razón se ha decretado la nulidad parcial del acto de la vista en relación tan solo a aquel acusado, aplicación de manera temporal, contraria a una evidente voluntad legis y en conflicto frontal con el sentido y fin de la propia LO. 8/2006 de 4.12,

que derogó definitivamente el anterior Texto del art. 4 mencionado, ha de ser excluida en este caso, en un recto entendimiento del principio de legalidad.

El recurso debe ser estimado conforme la doctrina de esta Sala manifestada en las SS. 502/2007 de 4.6 y 508/2007 de 13.6. En efecto el art. 69 CP., que entró en vigor el 26 de mayo de 1996, ciertamente dispone que: *“Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga”*.

Y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su artículo 4 prescribía: *“Régimen de los mayores de dieciocho años. 1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto”*.

Pero también es cierto que la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2000, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, **suspende** la aplicación de la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma.

Y, por su parte, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre Sustracción de Menores, reitera la suspensión hasta el 1-1-07.

Finalmente, el art. Único, apartado tres, de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 5-2-07, a los dos meses previstos desde su publicación en BOE 290/2006, de 5 de diciembre, **derogó definitivamente** el

anterior texto del art. 4 de la citada LO, que queda redactado así; *"Derechos de las víctimas y de los perjudicados.*

Por ello sostiene la sentencia recurrida que en el periodo de tiempo que media entre el 1.1 y 5.2.2007 es aplicable el art. 4 Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, en su anterior redacción dos veces suspendida. Aplicación incluso retroactiva, como Ley penal más favorable (art. 2.2 CP.) respecto a hechos delictivos que se hayan cometido en los años anteriores por las personas que tengan esas edades –jóvenes de entre 18 y 21 años- como es el caso objeto de este recurso. El juicio se celebró –en varias sesiones, en días sucesivos a partir del 22.1, pero todas ellas en el periodo en que estaba vigente el art. 4 de la LORPM. Por lo tanto, y cumpliéndose en el presente caso las dos primeras condiciones que exige el vigente- en la fecha de celebración del juicio- art. 4.2 LORPM., debe ser el Juez de instrucción de donde proceda la causa, según el art. 4.1- y no la Audiencia Provincial- el que, mediante auto, se pronuncie sobre la aplicación de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores de Arsim Asan, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del imputado y el equipo técnico.

La Sala de instancia sigue el criterio fijado por los acuerdos de la Junta de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid, celebrada el 12.1.2007 y entiende que en materia penal la interpretación siempre ha de ser restrictiva y en beneficio del imputado, de modo que cuando, como ocurre en el presente caso, la norma es clara y precisa, no cabe acudir a ningún criterio de interpretación, según el aforismo “*iu claris non fit interpretatio*”.

No podemos compartir esta conclusión. En la STS. primeramente citada 502/2007 de 4.6 hacíamos referencia a la Exposición de Motivos de esta LO 8/2006 señalaba que "En cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y

consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir.

Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales".

Y concluía que: "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años".

Por ello ante esta voluntad manifiesta e inconfundible del legislador de suprimir la posibilidad de ser sometidos los comprendidos entre 18 y 21 años a la Jurisdicción de Menores, el hecho de haber estado en vigor el texto hoy derogado en el corto periodo que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007, en nada abona por la posibilidad de tal enjuiciamiento de unos hechos cometidos entre julio y agosto de 2005, cuando el precepto que lo hubiera permitido estaba suspendido en su aplicación, que fue juzgado en enero de 2007, único periodo en que la suspensión no era formalmente efectiva, y de cuya casación se conoce en noviembre de 2008, cuando la derogación del precepto es definitiva.

Incide en esta interpretación la STS. 508/2007 de 13.6 al señalar:

a) En primer lugar la entrada en vigor de dicho art. 4 LORPM fue suspendida por el propio legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera por un plazo de dos años (Disposición Transitoria Única LO. 9/2000 de 22.12), y la segunda hasta el 1.2.2007 (Disposición Transitoria Única LO. 9/2002 de 10.12).

b) En segundo lugar la nueva LO. 8/2006, deroga definitivamente la norma del art. 4 sustituyendo su redacción por otra distinta que nada tiene que ver con su anterior contenido, desapareciendo la posibilidad de aplicar dicha Ley a delitos o faltas cometidos por mayores de edad, y así se afirma en su Exposición de Motivos "se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre 18 y 21 años".

c) En tercer lugar, tal como se argumenta por el Ministerio Fiscal, siguiendo la vía expositiva de la Instrucción n° 5/2006 de Fiscalía General del Estado "El mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del conflicto interpretativo; mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entra formalmente en vigor el 5.2, la moratoria de la vigencia del art. 4, en su anterior redacción otras veces suspendida, concluyó antes, el 1.1. Se trata, por tanto de determinar si durante el periodo que media entre ambas fechas -poco más de un mes- podría haber lugar a la aplicación efectiva, transitoria o incluso retroactiva, de la redacción original del citado artículo, y por tanto a la extensión de los efectos de la LORPM a delitos y faltas cometidos por jóvenes entre 18 y 21 años".

En una primera aproximación, resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida "definitivamente" por el propio Legislador mediante LO. sancionada y promulgada, pueda sin embargo por causa de un craso error material, producir efectos durante el periodo de vacatio legis de la propia Ley que lo deroga.

Las conclusiones que se redactan en la referida Instrucción, precisan:

1º La derogación del art. 4 de la LO. 5/2999 reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante LO. 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la LO. 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma.

2º La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho Penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables.

3º Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el Legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

Por último respecto a la cuestión de que se trata de una Ley penal más favorable, debe igualmente asumir el criterio del Ministerio Fiscal que rebate tal argumento:

Primero, porque de conformidad con lo que se ha argumentado anteriormente no nos hallamos ante una sucesión de Leyes penales de sentido contrario o distinto, sino ante un mero error material en la sucesión cronológica de dos leyes penales que determinan, por voluntad del legislador, exactamente el mismo régimen jurídico para los potenciales afectados por su aplicación.

Segundo, porque el derogado art. 4 LORPM. Contenía un mecanismo de aplicación facultativa, basado en una previa valoración técnica y judicial, que por lo tanto no es susceptible de generar expectativas jurídicas materialmente equiparables, en términos de certeza, y por tanto a efectos de protección, al derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable (art. 9.3 y 25.1 CE.).

Tercero, porque, al hilo de esta última apreciación, cabe añadir que el principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores.

5.- TRIBUNAL SUPREMO **Sala de lo Penal**

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°:62/2013

RECURSO CASACION (P)N°:10145/2012 P

Fallo/Acuerdo:

Voto Particular

Fecha Sentencia: 29/01/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: ICR

COMPETENCIA JUDICIAL. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores (art. 16.5 LOTJ). Efectos sobre la prueba. PREJUDICIALIDAD PENAL. Efectos de la cosa juzgada. Seguridad jurídica: doctrina constitucional sobre la vinculación de los órganos públicos a la previa declaración de existencia de un hecho.

...

CUARTO.- El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales -también en menores- el planteamiento de una cuestión de

inconstitucionalidad relacionada con el art. 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (págs. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquélla. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial (arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

1. El invocado art. 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que “[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para

el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo". Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

2. La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces «a quibus» destacan que ese doble enjuiciamiento no sólo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16/12/2008, según el cual *“la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad”*. Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse «de lege ferenda», pero en ningún caso «de lege data», siendo la voluntad del

Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, *ex art.* 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13/08/2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

3. No puede compartirse este último argumento de instancia que atribuye a las partes acusadoras el distanciamiento temporal entre ambos juicios por el hecho de haber interpuesto diferentes recursos frente al citado auto. En primer lugar, porque con tal proceder las acusaciones estaban ejercitando su legítimo derecho al recurso. A mayor abundamiento, el auto en sí evidencia que la clarificación del tipo de procedimiento a seguir no resultó sino después de ciertos vaivenes, optando finalmente la Sala de instancia por aplicar las reglas del procedimiento ordinario tras haberle planteado tres defensas lo inadecuado del que hasta entonces se seguía, como ya hemos visto. El propio Tribunal tomaba la decisión siendo consciente de la fecha vacacional en que resolvía, primando en su rápida decisión circunstancias procesales ponderables como la situación de privación de libertad de algunos implicados, pero sin dar los oportunos traslados a las partes acusadoras, tal y como reflejó después el T.S.J. al resolver en apelación, según hemos visto. La situación habría sido, pues, de clara indefensión para las acusaciones de no haber existido esa capacidad de recurso. En ningún modo puede compartirse que su uso en este caso representara un abuso procesal por parte de las acusaciones, sino muy por el contrario el legítimo ejercicio de sus derechos procesales, con independencia de la final desestimación de ambas apelaciones.

Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5

LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que *“cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho”*. En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que *“nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica”*.

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, *ex art. 666.2 LECrim* (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones

precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, lleven a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no sólo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

4. Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y

dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que “[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo”.

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): “(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: « (...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y

no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción». Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección”.

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que sólo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos

procesales y materiales indeseados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos -menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos- hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediación, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública.

No se estima inconveniente, por ello, una solución legislativa que resuelva disyuntivas procesales como la presente, compatibilizando un enjuiciamiento conjunto en sede de adultos en el que también se vele por los fines tuitivos y por las demás garantías que al menor reconoce la LORPM.

En todo caso, los posibles argumentos de fondo frente a estas contradicciones, como hemos apuntado, deben incardinarse en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a la motivación debida, solución que late en la doctrina constitucional recogida y que más adelante se examinará.

El actual motivo, en cualquier caso, debe ser desestimado.





Centro de
Estudios
Jurídicos

6. TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°:146/2014

RECURSO CASACIONN°:1599/2013

Fallo/Acuerdo:

Procedencia: Sección 22 Audiencia Provincial de Barcelona.

Fecha Sentencia: 14/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Escrito por: IPR

***Sin perjuicio de eventuales y excepcionales prolongaciones explícitas en casos determinados, el tiempo máximo natural y ordinario de las medidas cautelares no privativas de libertad en el procedimiento de menores es de dos años. Transcurridos, la medida expira ope legis y por tanto no puede constituir el presupuesto de un delito de quebrantamiento de condena del art 468 CP.**

La secuela de esta escalonada argumentación es cristalina: la medida cautelar de alejamiento en el momento en que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento no estaba vigente; no por haber sido formalmente revocada, ni por haber llegado la audiencia, ni por haberse declarado la prescripción del delito (todas esas vicisitudes vienen desmentidas por el oficio del Secretario Judicial), sino por haberse producido su expiración por llegada de un plazo máximo que le es inherente; apreciación que es compatible con ese oficio en un recto entendimiento de la aseveración del Secretario.

El acusado habría cometido un delito putativo. Pensaba que estaba violando una prohibición impuesta judicialmente, pero esa prohibición realmente había perdido eficacia jurídica. Estamos ante lo que se ha llamado un “error al revés”.

Una medida “caducada”, aunque formalmente no haya cesado, no es presupuesto legítimo del delito de quebrantamiento de condena. No basta la vigencia “formal” de la medida. Ni siquiera cuando el acusado cree que lo está. Es inherente a toda medida cautelar de menores distinta al internamiento su cese automático a los dos años aunque no se haya establecido así expresamente y se haya indicado tan sólo que su vigencia se mantiene hasta la audiencia o hasta la sentencia como permite el art. 28 de la Legislación especial.

...

el art. 10 de la ley especial autoriza en determinados casos la imposición de medidas con duraciones por encima de los dos años. El tope general de los dos años del art. 9.3 tiene excepciones (art. 10 LORPM) que dependen, de la edad del menor al tiempo de cometer los hechos y del delito reprochado. Antes de la reforma propiciada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre era requisito para la ampliación del límite máximo un informe favorable del Equipo Técnico orientando esa duración más prolongada. Desde entonces no lo es. La prolongación es facultativa (aunque imposible si no la reclama el Fiscal: art. 8.1 LORPM). No es preceptiva (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 - ap. III.4-). Debe atender al interés del menor.

Para que sea legítima esa duración de la medida definitiva por encima de los dos años es necesario que se trate de uno de los supuestos previstos en el art. 10 LORPM que se remite al art. 9.2. Se contemplan tres posibilidades alternativas: que se trate de un delito grave; que siendo menos grave se haya empleado violencia o intimidación o haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas; o que se trate de delincuencia “grupala” o ligada a bandas u organizaciones. Aquí concurre el segundo de esos supuestos: la imputación versaba sobre un delito del art. 173 CP en el que uno de los requisitos típicos es la existencia de “violencia”. No puede excluirse la violencia “psíquica” del ámbito de aplicación del precepto de la ley especial, por más que su dicción evoque otros tipos del Código Penal donde se utiliza idéntica locución presentado como hermanadas violencia e intimidación (el robo es el ejemplo más característico).

Además de ese requisito formal, hacen falta unos presupuestos procesales: se hace preciso que se produzca una audiencia del Equipo Técnico y del Ministerio Fiscal y partes personadas.

No se piensa en la genérica audiencia que se ha de producir siempre, sino una específica sobre la conveniencia de esa ampliación de los plazos máximos. Solo de esa forma cobra sentido esa previsión singularizada (vid. art 35 LORPM)

Esa eventual mayor duración solo está prevista para la medida definitiva: la que llega después de la audiencia. Por tanto, no puede condicionar el plazo máximo natural de la medida cautelar. Podría admitirse en los supuestos en que cabe una duración mayor de la medida definitiva una prórroga de la cautelar por encima de los dos años, pero siempre mediante resolución expresa y cubriendo también los presupuestos procesales nucleares de la medida definitiva (petición del fiscal y audiencia del equipo técnico). Pero nunca es admisible esa prórroga como mera inercia de la medida adoptada dos años antes y no revocada, a la que se señala un plazo rutinario, el habitual de "hasta que se produzca la audiencia" o "hasta la sentencia".

Por tanto aún pudiendo admitir que la legislación de menores habilita para medidas cautelares distintas al internamiento por duración superior a dos años, habrá que puntualizar que eso precisará una decisión ad hoc, específica, del órgano jurisdiccional. De no hacerse así el examen y exégesis combinada de los distintos preceptos lleva a entender que por ministerio de la ley la medida cautelar cesa cuando su duración alcanza los dos años establecidos como límite máximo ordinario de las medidas que pueden acordar los jueces de menores.

Que la medida definitiva pueda ser la de internamiento, más gravosa que el alejamiento, no puede servir de falaz argumento para la prolongación sine die de esas medidas no privativas de libertad aduciéndose que luego podrán servir para reducir el tiempo efectivo de posible internamiento (art. 28.5 LORPM). La abonabilidad a posteriori, no implica la intercambiabilidad o fungibilidad a priori. Es derivación del principio de legalidad en materia procesal que el que puede lo más (un internamiento cautelar de hasta nueve meses) no puede necesariamente lo menos (una libertad vigilada cautelar por más de tres años).

STC 71/1990, de 5 de abril de 1990

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 1767/1987 y 6/1988, promovidos, el primero, por doña Julia María Poladura García, representada por el Procurador de los Tribunales don Enrique Fernández Chozas y asistida del Letrado don Maximino J. Fernández Bobes, contra Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo de 5 de mayo de 1987, ratificado por el Tribunal de Apelación de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, así como contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, que acordó la adopción de dos hijos de la interesada, y el segundo, por doña Rosa María Poladura García, representada por el Procurador de los Tribunales y asistida por el Letrado anteriormente indicados, contra Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo de I de junio de 1987, ratificado por el Tribunal de Apelación de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, así como contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, que acordó la adopción de dos de sus hijos. En ambos procesos ha comparecido el Ministerio Fiscal. En el recurso 1767/1987 comparecieron, además, don Fermín Caballero Moreno y doña Manuela Marín Domínguez, representados por el Procurador don Ignacio Corujo Pita y asistidos por el Letrado don Diego Butrón Muñoz, y en el recurso 6/1988 don Francisco Butrón Torrente y doña Agustina Caballero Zájara, representados y asistidos por el Procurador y el Letrado antes mencionados.

Ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en este Tribunal el día 28 de diciembre de 1987, el Procurador de los Tribunales don Enrique Fernández Chozas, en nombre de doña Julia María Poladura García, interpuso recurso de amparo constitucional contra el Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo de 5 de mayo de 1987, ratificado por Acuerdo del Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, en expediente de adopción plena

núm. 22/1987. Estima la demandante de amparo que las resoluciones mencionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y no a sufrir indefensión a la defensa y asistencia de Letrado y a un proceso público con garantías que se reconocen en los apartados 1 y 2 del art. 24 C.E.

2. De las alegaciones y documentación aportada se deduce, resumidamente, lo siguiente:

Ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo se tramitaron sendos procedimientos de facultad protectora (expedientes 169 y 299, de 1986) en relación con los hijos menores de la ahora reclamante de amparo, que fueron resueltos por Acuerdo de 5 de mayo de 1987, por el que se suspendió a la madre en los derechos de guarda y educación de sus hijos, sin perjuicio de su derecho a la comunicación y visitas con aquéllos, continuando los referidos menores en la situación de acogimiento familiar. Recurrido el anterior Acuerdo, el Tribunal de Apelación declaró por Acuerdo de 22 de octubre de 1987 no haber lugar a resolver sobre el mencionado recurso de apelación, en virtud de la adopción plena que se había aprobado por Auto de 20 de junio de 1987, del Juzgado de primera Instancia de Chiclana de la Frontera, habiéndose formalizado la citada adopción por escritura pública de fecha 29 de junio de 1987.

3. Alega la demandante de amparo, tras reconocer el carácter de órgano especializado, integrante del Poder Judicial, del Tribunal Tutelar de Menores autor del Acuerdo impugnado, la inconstitucionalidad de una larga serie de preceptos de la legislación de menores (texto refundido, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948), aplicados en el procedimiento objeto del presente recurso, señalando la incompatibilidad de los mismos con las siguientes normas y principios constitucionales:

a) Tutela judicial efectiva y garantía de no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.). Las medidas de suspensión a la madre de los derechos de guarda y educación de sus hijos y de permanencia en la situación de acogimiento familiar de los menores han sido adoptadas en un procedimiento que no se sujeta a las normas procesales vigentes en las demás jurisdicciones (art. 15 de la Ley), y que no es público, siendo los hechos apreciados por dichos Tribunales «con razonada libertad de criterio» (art. 16) en virtud de una investigación «según prudente criterio» acerca de aspectos como la «conducta moral y social de los padres y del concepto público que de éstos merezca a personas de notoria probidad» (art. 79 del Reglamento).

b) Derecho a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24.2 C.E.). La aplicación a este procedimiento del art. 29 del Reglamento de 1948 excluye la intervención de Procurador y Abogado y ello pese a que se está resolviendo sobre materias tan graves como la limitación y, en la práctica, supresión de la patria potestad.

c) Derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 C.E.). Las sesiones ante el Tribunal no son públicas (art. 38 del Reglamento).

Todo ello conduce a la conclusión de que se ha adoptado una resolución judicial lesiva, en virtud de un procedimiento que no reconoce los más elementales derechos consagrados por la Constitución.

Con respecto a la adopción efectuada, se alega su carácter ilegal, con olvido del más elemental derecho de la madre, ya que no fue oída ni se respetaron los trámites del art. 173 del Código Civil. El Auto de adopción se basa en el Acuerdo del Tribunal Tutelar, que había sido recurrido y por tanto no era firme, mientras que por su parte el Tribunal de apelación resuelve inhibirse, dado que ya ha recaído resolución sobre la adopción.

4. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal se acordó admitir a trámite la demanda de amparo y tener por personado y parte en nombre de la recurrente al Procurador antes reseñado, así como requerir atentamente al Tribunal Tutelar de Menores, al Tribunal de Apelación de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor y al Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera para que remitan testimonio de los expedientes que dieron lugar a los Acuerdos y resoluciones impugnados, interesándose al propio tiempo el emplazamiento de quienes fueron parte en los mencionados procedimientos.

Recibidas las actuaciones judiciales, por providencia de 8 de abril de 1988 se acordó conceder un plazo de diez días a los cónyuges adoptantes, que habían solicitado ser partes en el procedimiento para que comparecieran ante este Tribunal con Letrado y Procurador, conforme determina el art. 81 de la LOTC. Posteriormente se recibió escrito del Procurador señor Corujo Pita, quien, en nombre y representación del señor Caballero y de la señora Marín, conforme acredita con copia de escritura de poder, se persona en el procedimiento, solicitando se le tenga por comparecido y parte en el mismo en nombre de sus representados.

5. Por providencia de 9 de mayo de 1988 se acordó abrir un plazo común de diez días para que tanto el Ministerio Fiscal como las partes personadas, a la vista de las actuaciones, pudiesen formular las alegaciones que estimaran oportunas. El anterior plazo fue prorrogado, excepcionalmente, a petición del Letrado que tiene encomendada la defensa de la recurrente.

6. Interesa el Fiscal ante este Tribunal que se dicte Sentencia por la que se deniegue el amparo que se pide. Considera el Fiscal que a pesar de la evidente relación existente entre las figuras del acogimiento y de la adopción y, consecuentemente, entre las tres resoluciones judiciales impugnadas, nada impide examinarlas en su propia sustantividad y autonomía que tienen, de una parte, las resoluciones de la jurisdicción de menores y, de otra, la del Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera en el expediente de jurisdicción voluntaria que condujo a la adopción de los menores.

Así, en relación con el Auto del Juzgado de Chiclana existen causas de inadmisión que ahora lo serían de desestimación, ya que dicha resolución le fue

notificada a la actora, como consta en el expediente del Tribunal Tutelar de Menores, la cual anunció la impugnación por todos los medios legales, lo que no hizo, siendo así que procedían, según práctica judicial constante, los recursos de reposición y de apelación. Además, el Código Civil permitía a la actora instar la extinción de la adopción formalizando la correspondiente demanda en un plazo de dos años. Únicamente reacciona la interesada cuando se le notifica el Acuerdo del Tribunal de Apelación, acudiendo directamente a este Tribunal a través de la demanda de amparo, que es notoriamente extemporánea y, en cualquier caso, inadmisibles por no haberse agotado la vía judicial previa, olvidando así el carácter subsidiario del recurso de amparo, al haber acudido per saltum a esta jurisdicción para pedir la nulidad del Auto de adopción, sin haberlo recurrido ni haber solicitado su extinción, sin que sea aceptable, por su evidente fragilidad, el alegato de la recurrente que, tras reconocer paladinamente en la demanda que el Tribunal de Apelación la instruyó expresamente sobre la posibilidad de ejercitar acciones para impugnar la adopción, no lo hizo porque, aparte el tiempo que se hubiera tardado en la sustanciación del proceso, no era a la jurisdicción civil a la que correspondía resolverla, sino a la de menores, error y actitud omisiva que sólo a ella es imputable, tanto más cuando estaba asistida de Letrado desde el día 27 de mayo de 1987.

Puede concluirse que el intento de impugnación del Auto de adopción, que para la actora constituye el «aspecto central de nuestra pretensión», ha de ser desestimado ahora, por incurrir en dos causas de inadmisión, al no haberse agotado la vía judicial a quo [arts. 44.1 a) y 50.1 b)] y ser intempestiva [arts. 44.2 y 50.1 a)], todos de la Ley Orgánica de este Tribunal.

En cuanto a los Acuerdos de suspensión de la guarda y educación de los hijos menores de la recurrente no existe vulneración de los derechos contenidos en el art. 24 C.E., ya que en todo momento la interesada conoció el procedimiento iniciado a instancia de su padre -el abuelo de los menores- y tuvo la oportunidad de alegar lo que estimase conveniente a sus derechos. Es cierto que el art. 29 del Reglamento excluye la intervención de Abogado, pero en este caso es comprobable que intervino un Letrado para articular la apelación.

Finalmente, recuerda el Fiscal la doctrina de este Tribunal sobre el alcance de las garantías constitucionalizadas en el art. 24.2 C.E., garantías que, aunque pensadas y proyectadas principalmente para el proceso penal, se extienden a cualquier otro procedimiento en el que puedan imponer sanciones, aunque sean administrativas, o a aquellos otros que, de una forma u otra, impliquen una restricción de derechos, como aquí sucede. Pero de ello no se sigue que hayan de aplicarse de modo inmediato y total, sino en la medida necesaria para preservar valores esenciales en juego, como en este caso el derecho de defensa, que por todo lo antes expuesto no fue vulnerado, tanto más si se tiene en cuenta que, conforme al art. 23 del texto refundido de 11 de junio de 1948, los acuerdos de estos Tribunales, dictados para proteger a los menores, no revisten carácter definitivo y pueden ser modificados y aun dejados sin ulteriores efectos por el mismo Tribunal que los haya dictado, incluso de oficio, aunque en el supuesto

de autos, del que trae causa este proceso constitucional, no sea posible, pues, como razona el Tribunal Tutelar de Apelación -y en ello basa fundamentalmente su incompetencia-, se había operado la extinción de la patria potestad de la madre biológica precisamente por la adopción de los menores por otras personas (art. 169.3.º del Código Civil).

7. La representación de la recurrente, en su escrito de alegaciones, da por reproducidos cuantos hechos y fundamentos jurídicos se contienen en la demanda, y reitera su criterio en relación con la nulidad radical, por manifiesta inconstitucionalidad del Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, y ello por la aplicación rigurosa en el procedimiento seguido de los preceptos contenidos en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, especialmente en lo tocante a la prohibición de intervención de Abogado y Procurador, secretismo de las actuaciones, inversión del principio de presunción de inocencia, etc., pudiendo añadirse, en el orden material, la fragilidad de los elementos probatorios unilateralmente consignados, basados en meros informes policiales y de asistencia social institucional, que no han sido contrastados con pruebas periciales serias y solventes practicadas por especialistas idóneos.

También cabe destacar la incongruencia y falta de rigor del Acuerdo del Tribunal Tutelar al resolver sobre la suspensión de la guarda y educación, «sin perjuicio del derecho que le asiste a la madre para comunicar y visitar con ellos», al decidir que los niños residan a 1.000 kilómetros de distancia, imposibilitando de facto el derecho de visitas y de relación.

También se recurre en amparo el Auto de adopción plena adoptado por el Juzgado de Chiclana de la Frontera, por considerarlo consecuencia indisolublemente vinculada al Acuerdo del Tribunal Tutelar de Oviedo. Si bien es cierto que desde una consideración formalista dicho Auto aparece como una actuación judicial independiente, autónomo en sí mismo, y susceptible de recurso y tratamiento procesal propios, no es menos cierto que un análisis detallado desmiente esta posible alegación. No se trata sólo de la omisión del asentamiento de la madre, necesario por cuanto la suspensión del ejercicio de la patria potestad estaba recurrida y por tanto no era firme, amén de que incluso en ese supuesto debía ser oída, sino que precisamente el desconocimiento de la madre en el procedimiento de la adopción vino sustentado en la aprobación por el propio Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, a la medida que se proponía.

Dicho en otros términos, una vez que el Tribunal Tutelar de Oviedo conoció y desplegó sus facultades jurisdiccionales sobre los menores supuestamente abandonados, viene a producirse una especie de tutela legal o subrogación del propio Tribunal Tutelar, en los derechos de patria potestad de los padres. Sólo esta interpretación justificará el desconocimiento de los padres en las actuaciones de la adopción. Tutela jurisdiccional por demás consustancial con la propia naturaleza y funciones del orden judicial especializado. Y esta prolongación o asunción de competencias sobre los menores servirá de fundamento y causa legal suficiente para que el Juzgado de Chiclana y el

Ministerio Fiscal que informo favorablemente decidan aprobar la adopción sobre la base del conocimiento y consentimiento del Tribunal Tutelar de Oviedo.

Pero, si bien esta interpretación sería forzada y discutible cuanto menos, ni siquiera como hipótesis formal es admisible en ningún caso, ya que adolece de un gravísimo vicio de origen: ello porque el Acuerdo de suspensión de la patria potestad no era firme, y en especial porque había sido adoptado con manifiesta violación de derechos constitucionales de la madre, violación que había sido denunciada en el recurso interpuesto ante el propio Tribunal Tutelar de Oviedo, para el Tribunal de Apelación de la Dirección General de Protección Jurídica del Menor.

Finalmente, al solicitar de este Tribunal una Sentencia acorde con el principio de tutela efectiva se invoca el derecho de la madre a recuperar la compañía de sus hijos y el propio derecho de los menores a reintegrarse a su familia natural, de los que se les ha privado en virtud de actuaciones judiciales nulas de pleno derecho.

8. El matrimonio adoptante, en su condición de parte, presentó escrito a través de su representación legal, en el que se contienen las siguientes alegaciones:

Respecto de la suspensión de los derechos de guarda y educación de los menores Iris y David, y aun cuando en dicho procedimiento no tuvieron intervención, es oportuno notar que la decisión adoptada por el Tribunal Tutelar de Oviedo obedeció a justas causas minuciosamente detalladas en las resoluciones adoptadas, como se comprobó en el informe remitido al Juzgado de Chiclana como antecedente para la adopción. Las resoluciones adoptadas por el mencionado Tribunal responden a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los hijos que se contienen en los arts. 10, 27 y 39 C.E., y al deber de los poderes públicos de prestar una efectiva protección de tales derechos.

Por otra parte el recurso de amparo es improcedente en cuanto a la cuestionabilidad de los Tribunales Tutelares de Menores ya que, en desarrollo de la Constitución, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que tales órganos continuarán ejercitando sus competencias, atribuidas por la Ley de 11 de junio de 1948, mientras no estén enmarcados como Tribunales especializados dentro de la jurisdicción ordinaria.

La impugnación del Auto de adopción en la vía del amparo constitucional no es posible ya que no se ha agotado la vía declarativa correspondiente, al no haberse intentado el remedio que prevé el art. 177 del Código Civil. Nada puede objetarse además en cuanto a la legalidad intrínseca de todos y cada uno de los actos procesales del expediente de adopción. En efecto, los menores Iris y David fueron entregados en acogimiento familiar a sus actuales padres adoptivos y, una vez transcurrido un plazo prudencial y con el consentimiento del Tribunal Tutelar de Oviedo, se inició el procedimiento de adopción. Apreciada por el Juez competente, previa la información necesaria, la conveniencia y necesidad de la adopción y la evidente situación de abandono y en atención al bien de los

menores y con el informe favorable del Fiscal se dictó el Auto de 20 de junio de 1987, procediéndose posteriormente al otorgamiento de la oportuna escritura pública.

Finalmente, la adopción acordada no puede tacharse de ilegal, ya que la adopción de menores abandonados no requiere el consentimiento de los padres naturales y es indudable la situación de abandono de dichos menores que fueron internados en una institución benéfica y posteriormente acogidos familiarmente, aplicándose por el Juez de Primera Instancia de Chiclana las facultades que le confiere el último párrafo del art. 173 del Código Civil. Por lo demás, cualquier defecto de forma que pudiese existir ha de ser combatido en el proceso declarativo correspondiente, pero no a través del recurso de amparo.

9. Por escrito presentado en este Tribunal el día 4 de enero de 1988, el Procurador de los Tribunales don Enrique Fernández Chozas, en nombre de doña Rosa María Poladura García, interpuso recurso de amparo constitucional contra el Acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo de 1 de junio de 1987, ratificado por Acuerdo del Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como contra el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera en expediente de adopción plena núm. 20/1987. Estima la demandante de amparo que las resoluciones mencionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, a la defensa y asistencia de Letrado y a un proceso público con garantías que se reconocen en los apartados 1 y 2 del art. 24 C.E.

De la demanda presentada se deduce que ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo se tramitaron sendos procedimientos de facultad protectora (expedientes 37, 38 y 135 de 1986), en relación con los hijos menores de la ahora reclamante de amparo, que fueron resueltos por Acuerdo de 1 de junio de 1987, por el que se suspendió a la madre en los derechos de guarda y educación de sus hijos, sin perjuicio de su derecho a la comunicación y visitas con aquéllos, continuando los referidos menores en la situación de acogimiento familiar. Recurrido el anterior Acuerdo, el Tribunal de Apelación declaró por Acuerdo de 8 de octubre de 1987 no haber lugar al recurso concerniente a uno de los menores, disponiendo la continuación de la situación de internamiento en «entidad o establecimiento», con nombramiento de Delegado, y en relación con los otros dos menores, hijos de la recurrente, y para mejor resolver los recursos relativos a dichos menores, oficiar al Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera para conocer la situación del expediente de adopción plena incoado en relación con los mismos.

Alega la demandante de amparo, tras reconocer el carácter de órgano especializado, integrante del Poder Judicial, del Tribunal Tutelar de Menores, autor del Acuerdo impugnado, la inconstitucionalidad de una larga serie de preceptos de la legislación de menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948), aplicados en el procedimiento objeto del presente recurso,

señalando la incompatibilidad de los mismos con las siguientes normas y principios constitucionales:

a) Tutela judicial efectiva y garantía de no sufrir indefensión (art. 24.1 C.E.). Las medidas de suspensión a la madre de los derechos de guarda y educación de sus hijos y de permanencia en la situación de acogimiento familiar de los menores han sido adoptadas en un procedimiento que no se sujeta a las normas procesales vigentes en las demás jurisdicciones (art. 15 de la Ley), y que no es público, siendo los hechos apreciados por dichos Tribunales «con razonada libertad de criterio» (art. 16) en virtud de una investigación «según prudente criterio» acerca de aspectos como la «conducta moral y social de los padres y del concepto público que de éstos merezca a personas de notoria probidad» (art. 79 del Reglamento).

b) Derecho a la defensa y asistencia de Letrado (art. 24.2 C.E.). La aplicación a este procedimiento del art. 29 del Reglamento de 1948 excluye la intervención de Procurador y Abogado y ello pese a que se está resolviendo sobre materias tan graves como la limitación y, en la práctica, supresión de la patria potestad.

c) Derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 de la C.E.). Las sesiones ante el Tribunal no son públicas (art. 38 del Reglamento).

Todo ello conduce a la conclusión de que se ha adoptado una resolución judicial lesiva, en virtud de un procedimiento que no reconoce los más elementales derechos consagrados por la Constitución.

Con respecto a la adopción efectuada, se alega su carácter ilegal, con olvido del más elemental derecho de la madre, ya que no fue oída ni se respetaron los trámites del art. 173 del Código Civil. El Auto de adopción se basa en el Acuerdo del Tribunal Tutelar, que había sido recurrido y, por tanto, no era firme, mientras que por su parte el Tribunal de Apelación resuelve inhibirse, dado que ya ha recaído el acuerdo de adopción.

10. Por providencia de 15 de febrero de 1988 se acordó admitir a trámite la demanda de amparo interpuesta y solicitar de los órganos jurisdiccionales intervinientes la remisión de testimonio de los expedientes tramitados y resueltos; asimismo se acuerda el emplazamiento de quienes fueron parte en los referidos expedientes para, si lo desean, se personen en el presente proceso constitucional.

Por escrito de 2 de marzo siguiente comparecen los cónyuges don Francisco Butrón Caballero y doña Agustina Caballero Zájara, solicitando se les tenga por personados en tiempo y forma en el recurso. Tras requerírseles para que se personen por medio de Procurador con poder declarado bastante y bajo la dirección de Letrado, compareció en nombre de los interesados el Procurador don Ignacio Corujo Pita.

Por providencia de 9 de mayo de 1988 se acordó tener por personado y parte al mencionado Procurador en nombre del matrimonio adoptante y, tras haberse recibido testimonio de las actuaciones remitido por el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, por el Tribunal Tutelar de Menores de

Oviedo y por el Tribunal de Apelación se abrió un plazo común de veinte días para alegaciones, dándose vista de las actuaciones al Fiscal y a las partes personadas a través de sus respectivas representaciones. El plazo expresado fue prorrogado en otros diez días.

11. El Fiscal ante el Tribunal Central reproduce en su integridad las alegaciones de fondo formuladas en el recurso de amparo núm. 1767/1987, por considerar que existe una sustancial similitud entre la presente demanda y la promovida por la hermana de la recurrente en el anterior recurso, siendo las diferencias únicamente de matiz. Solicita el Fiscal que se deniegue también este recurso y se interesa la acumulación de ambos procedimientos, ya que aunque los actos impugnados no sean los mismos, pero han sido dictados por los mismos órganos, con idéntico contenido objetivo e igual fundamentación jurídica, y ahora, en sede constitucional, se formulan idénticas pretensiones.

12. La representación de la recurrente formuló sus alegaciones indicando que, a la vista de las actuaciones, cabe apuntar algunas consideraciones adicionales en relación con el procedimiento que es objeto del presente recurso.

Así, en relación con el procedimiento inicial de tutela seguido ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, se afirma que, en aras de la finalidad protectora de los menores, se ignoran absolutamente derechos constitucionales de los padres, a los que se ha aplicado un procedimiento acusatorio que parte del principio de culpabilidad de los progenitores, a los que corresponde demostrar su inocencia, con privación de los más mínimos derechos y medios de prueba, aportándose únicamente informes no contrastados de asistencia social, sin la existencia de otros posibles informes de solvencia que permitan contrastar los determinantes «informes sociales». Por otra parte se aprecia la intervención de entidades y personas privadas «colaboradoras» del Tribunal, al margen de toda regulación legal, que condicionarán la orientación hacia la adopción, desconociendo los posibles derechos de la familia de origen.

Especial consideración merece la intervención del Ministerio Fiscal, en supuesta defensa del menor, pero netamente represora de los progenitores implicados. Según se dice, la intervención del Ministerio público no es sino una formalidad vacía de contenido, dedicada a una mera ratificación de lo actuado para dar una apariencia de legalidad a un procedimiento que en ningún momento será ni tan siquiera examinado en profundidad. Y esta realidad tan duramente descrita, pero desgraciadamente no infrecuente en las intervenciones del Fiscal, en los asuntos civiles de nuestro sistema judicial, se evidencia con facilidad. En ningún momento se solicitará prueba alguna de antecedentes penales de la afectada, pericias o exploraciones de los menores, etc., sino que tras hacer suyos los informes obrantes elaborados por las asistencias sociales, la intervención del Ministerio Fiscal se reducirá a proponer la medida de acogimiento familiar, y la suspensión de los derechos de guarda y educación que servirá de apoyatura al Acuerdo del Tribunal Tutelar. Y ello sin perjuicio de formular acusaciones tan

fantásticas como la «frecuencia delictiva» de la interesada, además de «conducta desordenada», «hábitos alcohólicos», etc., y la peculiarísima de «carecer de medios económicos para atender a los hijos», inadmisibles a todas luces en nuestro Estado social de Derecho.

Se estima, en resumen, que sin perjuicio de la finalidad protectora del menor supuestamente desvalido, la actuación del Ministerio Fiscal en esta causa es un triste ejemplo y negativo de sus irrenunciables funciones de defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos.

La actuación del Tribunal Tutelar de Menores representa la aplicación de una legalidad obsoleta y desfasada, lesiva en cuanto a las formalidades y garantías legales y constitucionales vigentes, pero que además no responde en la actualidad a los postulados y exigencias sociales imperantes. La Ley de Menores de 1948 no puede ser instrumento tuitivo para la actualidad, y más allá de los aspectos formales, tampoco cabe la aceptación de postulados ideológicos que fundamentan e inspiran los aspectos incluso sustantivos de la misma. Así, resulta difícil admitir en la realidad actual la existencia de un procedimiento jurisdiccional de informes de «costumbres», y de valoraciones sobre conductas válidas en una sociedad más libre y permisiva. Y ello, sin perjuicio de que pueda y deba existir una protección a la infancia, integral y superadora de criterios axiológicos y moralizantes, e inspirada en los principios rectores de nuestro sistema constitucional.

Desde el punto de vista formal, se reiteran las apreciaciones formuladas en la demanda de amparo respecto de la vulneración de derechos constitucionales básicos contenidos en el art. 24 C.E., ya que es evidente la existencia de un procedimiento de excepción, arbitrario y secreto, donde la misma admisibilidad de los medios probatorios de defensa es de libre facultad del Tribunal, cuyas sesiones son secretas y con resoluciones que no deberán motivarse ni tan siquiera se deberán dar a conocer a los interesados, y que invierte el principio de presunción de inocencia para exigir a los padres implicados a alegar y demostrar de contrario, frente a las imputaciones que se deriven contra ellos (art. 80 del Reglamento) imputaciones que podrán derivarse de informes aportados, entre otros, por «personas de notoria probidad», tal y como reza el art. 79 de la citada Ley. Y como colofón de todo ello, se prohíbe la intervención de Abogado y Procurador, ya que, pese a la comparecencia que efectuó en el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo el Letrado para conocer del expediente, el recurso de apelación interpuesto contra el Acuerdo dictado por dicho órgano judicial hubo de ser suscrito personalmente por la interesada, sin que se hiciera en ningún momento ofrecimiento del derecho de defensa a los padres. Ello debe ser causa cualificada y suficiente de nulidad radical y absoluta de todo lo actuado.

El amparo que se solicita se extiende al auto de adopción plena dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, teniendo en cuenta que existe una unidad de actuación en relación con las resoluciones impugnadas, que traen su origen de la actuación jurisdiccional iniciada ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, que dio su conformidad a la adopción como órgano

encargado de la tutela de los menores, sin haber sido oídos los padres, siendo así que el acuerdo de suspensión de derechos de éstos no había sido notificado a los mismos y fue posteriormente recurrido.

13. La representación de los cónyuges adoptantes, por su parte, presentó escrito, en el que se contienen alegaciones que coinciden sustancialmente con las formuladas en el trámite abierto a tal efecto en el recurso de amparo núm. 1.767/1987, solicitando, como en el anterior recurso, la desestimación de la demanda de amparo.

14. Atendiendo a lo interesado por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional se dictaron sendas providencias por las que se acordó oír a las partes interesadas en relación con la posible acumulación de ambos recursos de amparo. El Fiscal reiteró el criterio expuesto en su anterior dictamen dada la identidad que puede apreciarse en ambas demandas respecto a su contenido objetivo, órganos jurisdiccionales intervinientes, fundamentación jurídica e identidad de las pretensiones constitucionales. Las demandantes de amparo no se oponen a la acumulación, estimándola conveniente, en tanto que las otras partes comparecidas en cada uno de los procesos no juzgan posible ni conveniente la acumulación solicitada. Por Auto de 11 de diciembre de 1989 se acordó la acumulación del recurso de amparo núm. 6/1988 al precedente núm. 1767/1987.

15. Por escrito de 15 de diciembre de 1989 el Procurador de los Tribunales don Juan Corujo y López-Villamil comparece en sustitución de su compañero don Ignacio Corujo Pita y solicita se le tenga por personado y parte en este procedimiento en nombre y representación de don Francisco Butrón Torrente y de don Fermín Caballero Moreno y doña Manuela Marín Domínguez.

16. Por providencia de 2 de abril de 1990, se acordó señalar para deliberación y votación del presente recurso el día 5 siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Las demandantes de amparo en los recursos núms. 1767/1987 y 6/1988, que han sido acumulados a los efectos de su resolución conjunta, dada la similitud de sus planteamientos y el paralelismo de sus respectivos pedimentos, consideran que han sido vulnerados determinados derechos fundamentales por la actuación judicial en sendos procedimientos seguidos coetáneamente ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo y ante el Tribunal de apelación y más tarde ante el Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, y que motivaron, primero, la suspensión de los derechos de guarda y educación que correspondía a las reclamantes sobre sus hijos menores, y, posteriormente, la constitución de la adopción de aquéllos por quienes les habían acogido familiarmente.

Siendo ambos procedimientos perfectamente separables, en atención a los órganos judiciales intervinientes y a la cuestión que se ventila en cada uno de ellos, aunque existan puntos de conexión de diversa naturaleza, resulta oportuno, como señala el Ministerio público, examinar autónomamente las alegaciones formuladas por las partes en relación con cada uno de ellos.

2. Alegan las recurrentes que en los procedimientos judiciales seguidos para acordar la adopción de sus hijos menores se ha incurrido en ilegalidad, dando lugar a una vulneración de relieve constitucional en la medida en que la actuación judicial ha vulnerado los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución. A esto, tanto las partes personadas como el Ministerio Fiscal oponen que la denuncia formulada no puede ser objeto de examen por parte de este Tribunal, ya que la demanda -en este particular- adolece de la causa de inadmisibilidad que prevé el art. 44.1 a) de la Ley Orgánica de este Tribunal, al no haberse agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial. Es necesario, por tanto, examinar en primer lugar la pertinencia de estas alegaciones de inadmisión de la demanda de amparo.

El Ministerio Fiscal afirma que las demandantes de amparo no han intentado reaccionar frente a los Autos del Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera que acordaron la adopción de sus respectivos hijos menores, siendo así que podían haber formulado frente a dichas resoluciones judiciales los recursos de reposición y apelación que, según práctica judicial constante, cabe ejercitar frente a tales resoluciones. Además, no se ha intentado por las recurrentes acudir a la vía prevista en el Código Civil para pedir la extinción de la adopción, acudiendo per saltum a esta instancia constitucional sin haber agotado los remedios procesales ante la jurisdicción ordinaria.

Las anteriores alegaciones, que en lo sustancial se formulan también por las partes comparecidas en este recurso en tanto que beneficiarias de las adopciones acordadas, han de ser acogidas. En efecto, una vez dictadas las resoluciones aprobatorias de las adopciones de los respectivos menores, sus padres o representantes legales pudieron oponerse formulando los recursos que frente a las resoluciones judiciales prevén las leyes procesales y, muy en especial, pudieron utilizar el cauce que entonces establecía el art. 177 del Código Civil (y hoy establece el art. 180, tras la reforma operada por la Ley 21/1987) para pedir que se declare judicialmente la extinción de la adopción, si estimasen que se estaba en presencia de alguno de los supuestos previstos en el número 2 del citado precepto. La conducta procesal de las recurrentes, al optar por acudir directamente a la vía del recurso de amparo, no puede tener otra respuesta que la aplicación de lo previsto en el art. 50.1 a) de la LOTC, en relación con la causa de inadmisión que establece el art. 44.1 a) de la citada Ley Orgánica.

Lo anterior no impide, sin embargo, que pueda y deba proseguirse el examen de las restantes alegaciones formuladas por las reclamantes de amparo en relación con otros aspectos del complejo procedimiento judicial que motiva los recursos de amparo, dado que la concurrencia de una causa de inadmisión parcial no

obsta el examen de la posible vulneración de otros derechos fundamentales alegados o, incluso, del mismo derecho por otros motivos. Este es el caso que ahora nos ocupa, pues las demandantes de amparo impugnan también las actuaciones llevadas a cabo por el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo y por el Tribunal de apelación de dicha jurisdicción en cuanto acordaron la suspensión de los derechos de guarda y educación de sus respectivos hijos.

3. Entrando, pues, en el examen del fondo de la pretensión así acotada, se hace preciso determinar si los acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo, que fueron ratificados por el Tribunal de apelación al resolver sobre la suspensión de los derechos de guarda y educación sobre sus hijos a las reclamantes de amparo, han podido ocasionar la lesión de alguno de los derechos fundamentales que se contienen en el art. 24 de la Constitución y, en concreto, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, el derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso público con todas las garantías. Tales pretendidas vulneraciones tendrían su origen último en la tramitación seguida por parte del Tribunal Tutelar de Menores en el ejercicio de sus facultades protectoras, procedimiento que supuso la aplicación de una serie de preceptos de la legislación sobre Jurisdicción de Menores que, a juicio de las recurrentes, son abiertamente inconstitucionales y deben considerarse derogados por mandato expreso de la Constitución, por lo que el órgano jurisdiccional pudo y debió abstenerse de sustanciar los procedimientos impugnados conforme a tales reglas.

El planteamiento de la queja de amparo en los términos señalados carece de viabilidad, puesto que en este recurso extraordinario no cabe formular impugnaciones genéricas y abstractas sobre la constitucionalidad de una ley, ni es posible el ataque directo contra disposiciones o actos con valor y fuerza de ley, pretendiendo frontalmente la declaración de inconstitucionalidad de los mismos. El objeto del recurso de amparo es la eventual lesión de derechos fundamentales y su preservación y restablecimiento, si a ello ha lugar, sin perjuicio de que, si la lesión constitucional resultase directamente de la legislación aplicada, la Sala pueda elevar la cuestión de inconstitucionalidad al Pleno, de acuerdo con lo previsto en el art. 55.2 de la LOTC o, en el supuesto de normas preconstitucionales, proceda directamente a considerarlas derogadas por las normas constitucionales.

Del tenor de la propia demandante se infiere que las recurrentes, tras reconocer que los Tribunales Tutelares de Menores son órganos especializados integrantes del Poder Judicial, basan su queja en la aplicación efectuada por el Tribunal Tutelar de Oviedo de las normas de procedimiento en la vertiente jurisdiccional de protección del menor, por lo que no es inoportuno que llevemos a cabo un somero análisis de las funciones y trámites que, conforme a la ley y siempre con referencia al momento en que se desarrollan las actuaciones aquí impugnadas (sin tener en cuenta por tanto las transformaciones operadas por obra de las sucesivas reformas legislativas en materia de Derecho de familia, así como de

las transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas), corresponde desarrollar a la Jurisdicción de Menores en el ámbito de su función protectora o tutelar, dejando a un lado, dado que no atañe a la presente cuestión, todo lo relativo a la función reformadora que compete igualmente a dichos Tribunales.

4. La legislación sobre Tribunales de Menores está contenida, por lo que aquí importa, en el texto refundido de la Ley de Tribunales de Menores y Reglamento para su ejecución, aprobados por Decreto de 11 de junio de 1948. De tal conjunto normativo, reflejo de una preocupación legislativa que se remonta al inicio de este siglo, resulta que la competencia de los Tribunales Tutelares se extiende a conocer «de la protección jurídica de los menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación» (art. 9.3 de la Ley), en los casos previstos en la legislación civil y penal, siendo facultad exclusiva de dichos Tribunales la de «suspender el derecho a la guarda y educación de tales menores», así como la acción tutelar correspondiente (art. 13), que se ejercitará normalmente a través de los establecimientos, familiar o personas a los que se confíe el menor (art. 17.3), facultad que será de carácter esencialmente preventivo.

En lo que atañe al procedimiento por el que se rigen los Tribunales Tutelares de Menores, el art. 15 de su Ley reguladora dispone «que el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones». Los Acuerdos que adopten los Tribunales Tutelares y en especial aquellos en que se suspenda o limite el derecho de los padres y tutores serán apelables, sin que en ningún caso revistan carácter definitivo, pudiendo ser modificados por el propio Tribunal que los haya dictado, bien de oficio o a instancia de parte interesada.

Por su parte, el Reglamento para la ejecución de la Ley tantas veces citada prevé que la comparecencia y defensa en su caso, ante los Tribunales de Menores y Tribunal de apelación, será exclusivamente personal, sin intervención de Procurador ni Abogado (art. 29). En cuanto al orden de proceder en el ejercicio de la facultad protectora se distingue una fase de instrucción, en la que se practicará una información sumaria con el fin de acreditar la realidad de los hechos (art. 79 del Reglamento), dándose posteriormente audiencia a los padres o tutores afectados por el expediente, quienes disponen de un plazo para presentar escrito de descargo y de proposición de pruebas. Las alegaciones, la procedencia de la prueba y, en su caso, el resultado de la misma serán apreciados por el Tribunal a su arbitrio (art. 80). Si el Tribunal estimase que dispone de los necesarios elementos de juicio para determinar la naturaleza y alcance de los hechos originarios de la información se dictará sin más trámite el acuerdo que proceda, debiendo hacer la advertencia, al notificarlo, del derecho a apelar. Las sesiones que celebren los Tribunales no serán públicas (art. 38).

Tales son las normas que rigen las actuaciones de la jurisdicción de menores y que han sido aplicadas en los procedimientos que aquí se impugnan, debiendo aclararse, antes de seguir adelante, que si bien es cierto que la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su disposición adicional primera dispuso que en el plazo de un

año el Gobierno remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación tutelar de menores, sin que hasta el momento, y pese a su imperiosa necesidad, tal previsión se haya cumplido, también lo es que en la citada Ley Orgánica se consagra, dentro de la diversidad de órganos que integran el Poder Judicial, la existencia de los Juzgados de Menores, a los que corresponde el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad les atribuyan las leyes (art. 97), sin que pueda hablarse en esta materia de un vacío legislativo, ya que la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica mencionada especifica que los Tribunales de Menores continuarán ejerciendo sus funciones hasta que entren en funcionamiento los Juzgados de Menores, y la Ley de Demarcación y Planta Judicial, de 28 de diciembre de 1988, establece que los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente (art. 61.1).

5. Lo que ha quedado expuesto refleja en síntesis la situación -orgánica y funcional- de la jurisdicción de menores en su vertiente protectora o tutelar. A la luz de tal realidad ha de examinarse si la actuación seguida por el Tribunal Tutelar de Oviedo en los casos aquí planteados ha podido vulnerar los derechos fundamentales cuya tutela y restablecimiento se nos pide, no sin antes hacer referencia a los pocos pero significativos pronunciamientos de este Tribunal Constitucional en relación con la jurisdicción de menores, de los que son una muestra AATC 473/1986 y 952/1988, en los que se afirma la peculiar naturaleza del procedimiento de los Tribunales Tutelares de Menores, caracterizado, entre otros, en virtud de su función tuitiva y protectora, por el principio de flexibilidad. Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de manifestar (Sentencia Bouamar, de 29 de febrero de 1988) que la diferencia de trato ante los Tribunales Tutelares de Menores «se deriva de la naturaleza tutelar -y no punitiva- del procedimiento aplicable» a aquéllos, siendo doctrina común de dicho Tribunal que para determinar si un procedimiento ofrece garantías suficientes hay que tener en cuenta «la especial naturaleza en que se desarrolla».

6. Con relación a las circunstancias concretas en que se han desarrollado las actuaciones que dieron lugar a los Acuerdos de suspensión de la guarda y educación de los menores que aquí se impugnan, han de destacarse los siguientes extremos de interés para la resolución de las pretensiones formuladas por las demandantes:

a) La iniciación de los expedientes relativos a la entrega y colocación de los menores en un establecimiento público y su posterior encomienda, en régimen de acogimiento familiar, fue promovida por el abuelo de los menores, en atención a la situación y conducta de las respectivas madres de aquéllos.

b) En la tramitación de los correspondientes expedientes se dio oportunidad a las respectivas madres para que alegasen en defensa de sus derechos e intereses.

c) Las resoluciones judiciales acordando la suspensión de la guarda y educación de los menores fueron notificadas a las interesadas, quienes ejercitaron su derecho de apelación.

Pues bien, conforme a lo hasta aquí expuesto, y prescindiendo de las consideraciones negativas que con carácter genérico vierte la defensa de las recurrentes en relación con la jurisdicción de menores y su inadecuación a las actuales circunstancias sociales, en cuyo examen y valoración no puede detenerse este Tribunal, nuestra atención ha de centrarse en los procedimientos objeto de las demandas de amparo con el fin de determinar si en los mismos se ha producido alguna infracción que haya lesionado los derechos fundamentales invocados en la presente queja de amparo, singularmente el derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 de la Constitución). Sostienen las demandantes de amparo que tal derecho ha sido menoscabado, ya que los acuerdos del Tribunal Tutelar de Menores se han dictado en un procedimiento que no se ha sujetado «a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones», cuyas sesiones no son públicas y en el que los hechos son apreciados por el Tribunal «con razonada libertad de criterio», interviniendo el Fiscal con un carácter netamente represivo respecto a los progenitores implicados, creando así una manifiesta desigualdad e indefensión.

Es constante doctrina de este Tribunal que el derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la jurisdicción y a la obtención de una respuesta fundada en Derecho, respuesta que no ha de ser necesariamente concorde con las pretensiones de cualquiera de las partes y que tal derecho alcanza también al ejercicio sin trabas de los recursos legalmente previstos. El contenido de este derecho se ha de satisfacer en el marco de una única jurisdicción, pero ello es compatible con la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales y de diversos procedimientos que se desarrollan ante cada orden jurisdiccional con arreglo a sus respectivas competencias. Dicho está con ello que la especialización de una determinada categoría de órganos judiciales no sólo no contradice el principio de unidad jurisdiccional (art. 117.5, de la Constitución), sino que encuentra su desarrollo y proyección natural en la especialidad de las reglas que rigen los procedimientos que ante los mismos se siguen, en atención fundamentalmente a los intereses que le corresponde tutelar y proteger. Y, en lo que ello puede importar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, es claro que tal derecho no padece en su contenido y alcance si la especialidad se hace compatible, en todo caso, con un nivel de garantías procedimentales básicas que deben conectarse con la defensa y tutela de los intereses prioritarios (en este caso, los derechos del menor) que son objeto de la actividad jurisdiccional.

En el caso presente se iniciaron ante el Tribunal Tutelar de Menores de Oviedo sendos expedientes de protección de los hijos menores de edad de las recurrentes, a instancias del padre de éstas y debido a la situación de abandono y

falta de cuidados mínimos en que se encontraban dichos menores, lo que motivó el inmediato internamiento en un establecimiento de acogida y la posterior decisión de confiar dichos menores a una familia para su acogimiento con carácter provisional. En la tramitación de los expedientes, las interesadas fueron requeridas para comparecer y ser oídas, a los efectos de que alegasen en su defensa sin restricción alguna, debiendo notarse que la primera de las recurrentes no compareció ni efectuó alegaciones en descargo de las imputaciones que se le formularon, dictándose finalmente, tras ser oído el Ministerio Fiscal y con su dictamen, los Acuerdos aquí recurridos. Tales acuerdos fueron notificados a las interesadas, a quienes se instruyó de su derecho a formular apelación, cosa que efectuaron, pudiéndose comprobar en este trámite la asistencia de Letrado.

En tales circunstancias, no puede hablarse en rigor de agravio alguno al derecho fundamental que consagra el art. 24.1, de la Constitución. Las recurrentes han tenido oportunidad de ejercitar su defensa en un procedimiento que no por singular o especializado ha supuesto mengua en las garantías procesales básicas que tutela el derecho fundamental aquí invocado, ya que dicho procedimiento se ha desarrollado conforme a unas reglas procesales que, aún cuando carentes del rigor y formalismo propio de otros procedimientos establecidos en las leyes procesales comunes, no puede afirmarse que implica la quiebra de una posible protección jurisdiccional.

Tampoco resulta atentatorio per se al derecho contenido en el art. 24 de la Constitución que el Tribunal Tutelar recabe la mayor información posible acerca de las circunstancias ambientales, condiciones de vida y conducta familiar de las madres afectadas por los expedientes, utilizando los medios más eficaces y solventes, ya que antes de adoptar cualquier decisión al respecto tales actuaciones han de trasladarse a las interesadas en el expediente, a fin de que conozcan y, si procede, reaccionen frente a las imputaciones que se deriven de las investigaciones practicadas (art. 80 del Reglamento), pudiendo presentar a tal efecto escrito de descargo y de proposición de pruebas en el término de quince días, todo lo cual se ha cumplido en las actuaciones impugnadas.

Por lo demás, a la vista de las mismas no puede hablarse de falta de tutela judicial y menos aún de indefensión por el hecho de que el órgano judicial, apreciando razonadamente los elementos fácticos contenidos en el expediente, haya adoptado los Acuerdos de suspensión del derecho de guarda y educación de los menores atendiendo al interés prevalente de éstos, sin que corresponda a este Tribunal Constitucional conocer ni valorar los hechos determinantes de aquellas decisiones, ni sea posible tomar ahora en consideración, so pretexto de una supuesta vulneración de un derecho fundamental, la disconformidad de las recurrentes con las indicadas medidas, ya que la tutela judicial no abarca en ningún caso la aceptación de los criterios y opiniones que, desde su óptica, mantengan las recurrentes.

En cuanto a los Acuerdos del Tribunal de Apelación, confirmatorios de las resoluciones del Tribunal Tutelar de Oviedo, siendo como son razonados y

fundados en Derecho no puede tomarse en consideración el reproche de que atentan contra el derecho fundamental aquí tantas veces invocado.

7. También se impugna por inconstitucional la aplicación de la previsión contenida en el art. 38 del Reglamento de los Tribunales Tutelares en cuanto que dispone que las sesiones que estos celebren no serán públicas. El art. 120.1 de la Constitución establece que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento. En concordancia con el precepto constitucional, la LOPJ en su art. 232 establece la regla general de la publicidad de las actuaciones judiciales, pero al tiempo admite las excepciones que pueden introducir las leyes de procedimiento.

En el caso que ahora enjuicamos resulta evidente la conveniencia de preservar, a través de la aplicación de un régimen limitativo de la publicidad (arts. 38 y siguientes del Reglamento), los intereses del menor y del entorno familiar, que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños, con arreglo a lo que dispone el art. 39.4 de la Constitución y los Convenios Internacionales a los que se remite dicho mandato, entre los que cabe citar, como directamente aplicables, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 6.º), así como la Declaración Universal de los Derechos del Niño.

8. Resta por examinar la queja formulada en relación con la imposibilidad de intervención de Procurador y Abogado en los procedimientos que se siguen ante los Tribunales Tutelares de Menores (art. 29 del Reglamento), cuestión vinculada directamente con el derecho a la defensa y asistencia de Letrado que reconoce de forma incondicionada el art. 24.2 de la Constitución. Tal derecho, predicable en grado máximo en el ámbito procesal penal (STC 47/1987), es una garantía técnica que ampara a todos los que comparezcan ante cualquier jurisdicción, sin perjuicio de que las propias normas procesales permitan, en razón de la simplicidad o escasa entidad de determinados procedimientos, la comparecencia personal.

La Sentencia antes citada aclara que tal derecho tiene como finalidad asegurar la efectiva igualdad de las partes y la debida contradicción, aspectos que en el procedimiento que aquí se examina no alcanzan todo su relieve, puesto que se trata de ejercitar una función objetivamente protectora de los menores, sin que pueda hablarse propiamente de un litigio entre partes. La preceptiva intervención del Fiscal, presentada con duros y sombríos trazos por las demandantes de amparo, no supone otra cosa que la consagración de la defensa de la legalidad y la tutela de los prioritarios intereses del menor, sin que pueda hablarse de acusación, ni menos aún de actividad «represiva» ni, por consiguiente, de una defensa contradictoria, sino más bien de la depuración de una situación fáctica

que hace aconsejable o procedente determinadas medidas, entre las que se encuentra la suspensión provisional de la guarda y educación de los menores que corresponde a sus padres.

Sucede, además, que, en este caso, las madres recurrentes tuvieron oportunidad de conocer los correspondientes procedimientos incoados, siendo requeridas para personarse y alegar lo que conviniera a su derecho, sin que en ningún momento solicitaran o intentaran siquiera la asistencia letrada ni formularan observación ni protesta alguna sobre la carencia de Abogado para su asesoramiento y defensa, que no se les hubiera podido denegar interpretando la norma a la luz del art. 24.2 de la Constitución, tal como ocurrió en la segunda instancia, siendo oportuno señalar, como manifiesta el Fiscal ante este Tribunal, que en las apelaciones intentadas frente a los acuerdos del Tribunal Tutelar de Oviedo las reclamantes fueron asistidas de Letrado como resulta de los propios escritos formulados.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar los presentes recursos de amparo acumulados presentados por doña Julia María Poladura García y doña Rosa María Poladura García.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».
Dada en Madrid, a cinco de abril de mil novecientos noventa.

Votos

Voto particular que formula el excelentísimo señor don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1767/1987 y 6/1988

Suscribo los fundamentos jurídicos 1.º y 2.º, por cuanto, en todo lo referente a la impugnación del Auto de adopción, los recurrentes incumplieron el principio de subsidiariedad. Discrepo, en cambio, de la opinión mayoritaria sustentada en los demás fundamentos jurídicos y en el fallo, cuyo contenido debía haber quedado condicionado a la resolución de las, hasta la fecha, tres cuestiones de inconstitucionalidad (núms. 1001/1988, 291/1990 y 669/1990), suscitadas por

diversos Jueces de Menores, en torno a distintas normas procesales del Decreto de 11 de junio de 1948. Y, es que, en efecto, existen serias dudas de inconstitucionalidad en torno a la naturaleza «procesal» de las actuaciones que transcurren ante los Juzgados de Menores, hoy auténticos Juzgados especializados e integrantes del Poder Judicial. Sin ningún ánimo exhaustivo cabe mencionar el art. 15, que impide acudir a las pertinentes disposiciones de las Leyes de Enjuiciamiento, y declara el secreto, en todo caso, de las actuaciones; el art. 29, que prohíbe la intervención de Abogado y Procurador; los arts. 41, 43 y 69, que reiteran el secreto de los informes policiales y de las actuaciones, la falta de vigencia del principio de contradicción en la ejecución de la prueba (art. 80), etcétera. Habiéndose, pues, admitido a trámite por este Tribunal las referidas cuestiones de inconstitucionalidad, debía de haberse suspendido la deliberación de la Sentencia hasta tanto recaiga un pronunciamiento del Pleno de este Tribunal, en torno a la constitucionalidad de tales preceptos que sirvieron, en su día, para fundamentar el presente recurso de amparo.

Madrid, a cinco de abril de mil novecientos noventa.

STC 143/1990, de 26 de septiembre de 1990

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Fernando García-Mon y González Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 373/88, interpuesto por doña Manuela Jesús López, representada por el Procurador de los Tribunales por José Manuel Dorremocha Aramburu y asistida del Letrado don Santiago Monclús Fraga, contra los Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, y por la Audiencia Provincial de dicha capital en fechas 4 de febrero, 8 de mayo de 1987 y 4 de febrero de 1988, respectivamente, en el expediente de adopción núm. 473/86. Han sido partes don José Miguel Romanos Gutiérrez y doña Mariana Agustín Marín, representados por el Procurador de los Tribunales don Fernando Aragón Martín y asistidos del Letrado don José J. Guallart de Viala, así como el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el Juzgado de Guardia de esta capital el día 1 de marzo de 1988, el Procurador de los Tribunales don José Manuel Dorremoechea Aramburu, actuando en nombre y representación de doña Manuela Jesús López interpuso recurso de amparo constitucional contra los Autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza en los días 4 de febrero y 8 de mayo de 1987 y contra el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza el 4 de febrero de 1988, que confirmó la última de las resoluciones antes citadas, acordados todos ellos en el expediente de adopción de un menor (expte. 473/86).

2. La demanda se basa en los hechos y alegaciones que, resumidamente, se exponen seguidamente:

a) Como consecuencia del expediente de protección núm. 111/85 tramitado por el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona, la ahora recurrente fue suspendida en los derechos de guarda y educación de su hijo Francisco José. La solicitud de revisión de dicho expediente, efectuada con posterioridad, no fue atendida. En ejecución de lo acordado por el Tribunal Tutelar, el menor fue confiado a una Institución colaboradora del Consejo Superior de Protección de Menores, con sede en Zaragoza, encomendándose la custodia de aquél al matrimonio formado por don José Miguel Romanos Gutiérrez y doña Mariana Agustín Marín.

b) A solicitud del indicado matrimonio se inició expediente de adopción plena del menor Francisco José, confiado a su custodia. El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza requirió a los solicitantes de la adopción para que facilitaran los datos y domicilio de la madre biológica del menor «a fin de ser oída». Al manifestar la representación de los requeridos su desconocimiento de los datos solicitados «por no haber tenido intervención alguna con la madre», el Juzgado ordenó la citación de ésta por edictos, llevándose a cabo dicha notificación mediante la inserción de la citación en el «Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza».

c) Por Auto de 4 de febrero de 1987, el Juzgado competente aprobó la adopción solicitada.

Al tener noticia de la resolución judicial, y una vez localizado el expediente, la interesada solicitó la extinción de la adopción conforme a lo previsto en el art. 177.2 del Código Civil. Por providencia de 3 de abril de 1987, el Juzgado resolvió no haber lugar a lo solicitado «por haberse cumplido lo establecido en el art. 17 y ss. del Código Civil». Interpuesto recurso de reposición frente a la providencia anterior, el Juzgado dictó Auto de 8 de mayo de 1987 en sentido desestimatorio. Posteriormente la Audiencia Provincial de Zaragoza resolvió el recurso de reposición interpuesto frente al Auto mencionado, desestimando la pretensión al aceptar los razonamientos contenidos en la resolución recurrida.

d) Alega la recurrente, tras la cita de los preceptos legales que regulan la adopción (en la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 21/1987, el imperativo legal de que no se admita la declaración de adopción sin consentimiento o audiencia de los padres biológicos (a menos que los mismos sean desconocidos). Tal regulación tiene su reflejo en el derecho constitucional a

la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 C.E., siendo necesario, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, que en el proceso se otorgue a las partes la oportunidad de ser oídas, de realizar alegaciones y de proponer y practicar pruebas.

Afirma la recurrente que en este caso le fue negada la oportunidad de ser oída en el expediente de adopción de su hijo, lo que condujo a una situación de indefensión, puesto que la citación emanada del órgano judicial se llevó a cabo mediante edictos publicados en el «Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza», siendo así que su domicilio - conocido por el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona- era, desde antes del nacimiento de su hijo, en dicha ciudad. Resulta claro, por tanto, que la citación edictal no cumple con las exigencias que impone el respeto al derecho a la defensa en todo proceso, ya que la diligencia debida exigible a los ciudadanos, en función de sus circunstancias, no incluye obviamente la lectura diaria del «Boletín Oficial» de la provincia y menos del de una provincia que no es la de su residencia.

Por último se alega que, para declarar la situación de abandono del menor, el Juez debió dar oportunidad a los padres biológicos para alegar lo que estimasen oportuno, sin prejuzgar tal situación a partir de declaraciones ajenas. Por lo demás no puede admitirse la interpretación que realizó el órgano judicial para desestimar la solicitud formulada por la interesada, basándose en que «el hecho de ser oída no puede tener ningún tipo de inuencia en la decisión que se adopte». Tal afirmación es contraria a los más elementales principios constitucionales. Si la ley exige una audiencia es precisamente para que pueda influir en la decisión que deba adoptarse; lo contrario supondría vaciar de contenido el mandato legal. En definitiva, lo que es a todas luces evidente es que, con consentimiento o con simple audiencia, la recurrente tenía derecho a ser oída en el procedimiento de adopción de su hijo, y al privársele de tal derecho se le colocó en situación de indefensión.

Solicita la recurrente se declare la nulidad de los Autos recurridos, reconociéndose el derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular el derecho a ser oída en el expediente de adopción de su hijo Francisco José.

3. Por providencia de 8 de abril de 1988, la Sección Tercera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda, tener por personado y parte, en representación de la actora al Procurador de los Tribunales señor Dorremoechea Aramburu y requerir atentamente al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza y a la Audiencia Provincial de dicha capital para que remitan, respectivamente, testimonio del expediente de adopción núm. 473/86 y del rollo de apelación dimanante del mismo, interesando, asimismo, el emplazamiento de quienes fueron parte en tales procedimientos para que puedan comparecer en este proceso constitucional.

4. Recibidos los testimonios solicitados se dictó providencia teniendo por personados y partes a don José Miguel Romanos Gutiérrez y doña Mariana

Agustín Marín, representados por el Procurador de los Tribunales señor Aragón y Martín, dándose vista de todas las actuaciones de recurso por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores de la recurrente y de las partes personadas para que alegaran lo que estimen conveniente.

5. La representación de la recurrente formuló alegaciones remitiéndose íntegramente al escrito de demanda. Reitera, sin embargo, la alegación de indefensión originada por la decisión del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza que ordenó citar por edictos a la madre biológica, cuando la misma tenía un domicilio conocido que pudo ser fácilmente averiguado por el órgano judicial. Posteriormente, y al solicitarse por la madre ahora recurrente la extinción de la adopción, el Juzgado la deniega argumentando que por tratarse de un menor abandonado no era necesario el consentimiento de la madre biológica y si, únicamente, su audiencia que en cualquier caso no podía tener influencia alguna sobre la decisión final. Tales aseveraciones ocasionan una situación de indefensión constitucionalmente relevante, ya que se está prejuzgando la situación de abandono del menor que fue declarada judicialmente a partir de las manifestaciones realizadas por los adoptantes, sin respeto del principio de contradicción y, por otra parte, es indubitado el imperativo legal de que la madre sea oída, sin que pueda sostenerse que tal requisito es de carácter formal y carente de influencia en la decisión final, siendo absurdo anticipar que determinadas alegaciones no van a influir en la decisión que se adopte. En cualquier caso, el emplazamiento edictal efectuado no respondió a las exigencias del derecho de defensa de la recurrente, ni al mandato constitucional de promover en la medida de lo posible tal derecho.

6. El matrimonio adoptante formula las siguientes alegaciones:

- a) El Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona tramitó el expediente de adopción del menor Francisco José, en razón a las circunstancias en que éste se encontraba, acordando posteriormente suspender a la madre en los derechos de guarda y educación sobre su hijo, que fue confiado a la Asociación Maci-Albayda, de Zaragoza, debiendo recibir asistencia hospitalaria dado «su mal estado de nutrición y deficiente estado general».
- b) El Tribunal Tutelar de Menores acordó en fecha 18 de febrero de 1986 confiar al matrimonio formado por don José Miguel Romanos Gutiérrez y doña Mariana Agustín Marín la custodia del mencionado menor en régimen de acogimiento familiar, medida ratificada el 11 de abril del mismo año, una vez que la madre biológica fue suspendida en sus derechos de guarda y educación de su hijo.
- c) El 20 de octubre de 1986 se inició expediente de adopción del menor Francisco José, que concluyó con el Auto de aprobación de 4 de febrero de 1987. La madre biológica interpuso recurso de reposición y posteriormente de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Zaragoza.
- d) La pretensión de la recurrente en el recurso de amparo debe de ser rechazada, ya que el menor fue declarado «en situación de abandono» por el Juez

competente en el Auto de adopción, a quien corresponda apreciar y declarar tal situación, sin que en el recurso de reposición se aportara una sola prueba que desvirtuara tal aseveración.

Tal circunstancia implica que no era necesario que la madre prestara su consentimiento para poder otorgar la adopción, sin perjuicio de que se la pudiese oír. En cualquier caso, conforme al art. 173 del Código Civil, el Juez resolverá lo que considere mas conveniente para el adoptado, lo que supone que se tendrá siempre en cuenta, en primer lugar, el beneficio del menor.

e) En ningún momento tuvieron conocimiento los adoptantes de dato alguno relativo al domicilio de la familia natural del menor abandonado.

Finalmente, los adoptantes formulan algunas consideraciones sobre la situación de indefensión en que se encontraba el menor adoptado, situación que quedo remediada merced al procedimiento judicial por ellos instado y resuelto favorablemente por el Juez competente. Suplican al Tribunal que se desestime la demanda de amparo, confirmando las resoluciones recurridas.

7. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional en sus alegaciones da por reproducidos los hechos que constan en la demanda de amparo, en cuando no se opongan a las consideraciones que se formulan, y tras exponer las alegaciones de la actora en cuanto a su derecho a ser oída en el procedimiento de adopción, trae a colación diversas Sentencias de este Tribunal que exigen del órgano judicial una actividad tendente a la real comunicación del trámite procesal a las personas con interés legal en el procedimiento, recalando que esta actividad judicial tiene que llegar a la «diligencia máxima» para que tal conocimiento llegue a dichas personas a fin de que puedan defender sus intereses o ser oídas.

La falta de esta comunicación a la parte o interesado en el procedimiento constituye una infracción procesal que adquiere dimensión constitucional si incide en el derecho fundamental de defensa contenido en el art. 24.1 C.E.

Examinado el caso que se debate y con cita del art. 173 del C. Civil (en su redacción anterior a la reforma de 1987), que establece los presupuestos generales de la declaración judicial de adopción y ordena que deberán ser oídos en dicho expediente «el padre o la madre a quienes se hubiera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad», el Fiscal afirma que el órgano judicial tenía que desarrollar la actividad procesal necesaria para comunicar a los interesados -en este caso el padre o la madre biológicos- la existencia de la pretensión de adopción para que pudiesen ser oídos y ello actuando con la máxima diligencia.

En este caso únicamente se pidió la colaboración de los adoptantes, que manifestaron ignorar el domicilio de la madre, lo que condujo sin más a efectuar el llamamiento a través de edictos, lo que motivó la continuación del trámite sin conocimiento del expediente por parte de la interesada.

De la documentación aportada al proceso de amparo se deduce, sin embargo, que el órgano judicial tenía a su disposición suficientes medios para conocer el domicilio de la actora, ya que el menor fue entregado por el Tribunal Tutelar de

Menores de Pamplona a una Institución benéfica y el Juzgado pudo y debió dirigirse a dicho Tribunal para conocer el domicilio de la madre del menor, lo que hubiera producido su determinación porque era reconocido por el Tribunal como se acredita en la documentación aportada.

Este conocimiento del domicilio, no estaba fuera del alcance del órgano judicial, por no exigir su determinación una actividad que se saliera de lo normal sino una sencilla actividad lógica y consecuente con la constancia en el procedimiento del órgano oficial que entrega el menor a la Asociación. Los únicos que no tenían posibilidad de conocer el domicilio de la madre del adoptando, fueron los solicitantes de la adopción.

Hay una infracción procesal que se produce por una falta u omisión de actividad que una mínima dinámica procesal exige al órgano judicial y esta falta de actividad produce el efecto de que una persona, interesada en el procedimiento no sea llamada para ser oída respecto a la adopción. Esta falta de llamamiento sin culpa de la recurrente en amparo, lleva consigo una falta de audiencia, que engendra la indefensión que se denuncia.

La afirmación del Juez en el Auto antes mencionado en relación con la falta de trascendencia de la audiencia de la madre respecto al sentido del resultado de la adopción, no puede ser admitida, porque supone prejuzgar el contenido de dicha audiencia convirtiendo en inútil y formularia la exigencia legal, lo que no es de recibo.

La audiencia de que habla el Código Civil no puede quedar reducida a una mera exposición de las alegaciones de la madre respecto a la adopción sino que debe de comprender por su propia lógica, la posible aportación de datos que acrediten estas alegaciones y este alegar y aportar los fundamentos de ellas tiene un interés enorme y una posibilidad de producir efectos.

En este caso concreto, la audiencia podía haber puesto en situación de estudio y examen, ante el Juez, con posibles consecuencias jurídicas, los temas de si el menor estaba abandonado legalmente, la posible equiparación entre suspensión de la guarda y custodia y la suspensión de la patria potestad, la realidad de las visitas de la madre al hijo en la Institución en que estaba acogido y si dados los datos aportados era necesario el consentimiento de la madre para la adopción.

No se puede negar esta realidad y su posibilidad, porque la opinión contraria convertiría esta audiencia en un trámite de ficción, lo que es contrario a la finalidad y contenido de la institución de la adopción.

El órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción procesal adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución.

Por todo ello se interesa del Tribunal Constitucional dicte Sentencia estimando la demanda de amparo, por vulnerar las resoluciones impugnadas el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.

8. Por providencia de 21 de septiembre de 1990 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 siguiente.

II. Fundamentos jurídicos

1. Unico. La recurrente pretende la nulidad de las resoluciones judiciales que declararon y confirmaron la adopción plena de su hijo menor de edad solicitada por las personas a quienes se les había confiado dicho menor para su guarda y acogimiento familiar. Invocando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la interdicción de toda indefensión, aduce la recurrente que en el trámite seguido en el expediente de adopción no se le dio oportunidad de ser oída, siendo así que el órgano judicial tenía a su alcance los medios apropiados para identificar su domicilio y efectuar el emplazamiento personal. Afirma además que la declaración de abandono de su hijo menor fue prejuzgada a partir de las manifestaciones realizadas por los adoptantes, sin respeto del principio de contradicción.

La queja de amparo ha de ser estimada.

En efecto, de las actuaciones examinadas resulta que, tras recabar sin resultado positivo del matrimonio adoptante los datos domiciliarios precisos para emplazar a la madre biológica del menor, el Juez se limitó a ordenar su citación por cédula en el tablón de anuncios del Juzgado y por edictos en el «Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza».

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, el art. 24 de la Constitución garantiza no sólo el acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes puedan hacer valer sus pretensiones. De ahí la especial relevancia que reviste el emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser partes en el procedimiento judicial, pues sólo la incomparecencia voluntaria o por negligencia inexcusable de la parte podría justificar, en principio, una resolución inaudita parte (STC 109/1989). Por ello, muy tempranamente, desde la STC 9/1981, este Tribunal ha mantenido que debe procederse al emplazamiento personal siempre que los interesados sean conocidos e identificables a partir de los datos que obren en el esento de interposición o ser, el expediente, siendo sólo válida la citación edictal cuando no conste en las actuaciones el domicilio de la persona que debe ser emplazada o se ignore su paradero por haber cambiado de domicilio. Tal doctrina es, sin duda, aplicable a los procedimientos judiciales de adopción, en los que, por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado, lo que le obliga a rodear de las mayores garantías y del más escrupuloso celo los actos judiciales de comunicación con estos últimos que se practiquen en tales procedimientos.

En el caso que ahora examinamos, es claro que, como señala el Ministerio Fiscal, el Juez pudo llegar a conocer sin la menor dificultad el domicilio de la

madre biológica del menor, hoy recurrente en amparo, con sólo haber desplegado «una sencilla actividad», pues tal domicilio constaba en las actuaciones practicadas ante el Tribunal Tutelar de Menores de Pamplona en el precedente expediente de protección del citado menor de edad. La omisión de esta mínima diligencia judicial ha impedido la comparecencia y la audiencia de la solicitante de amparo en el procedimiento de adopción de su hijo menor, colocándola así en una situación de indefensión incompatible con el art. 24 de la Constitución. Debemos, pues, corregir dicha indefensión mediante la anulación de lo actuado, rechazando el razonamiento del Juzgado, que la Audiencia Provincial hace suyo, en el sentido de que «el hecho de ser oídos (los padres biológicos) no puede tener ningún tipo de influencia en la decisión que se adopte», pues aunque la Ley otorgue al Juez muy amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

- 1.º Declarar la nulidad del Auto del Juzgado de Primera instancia núm. 5 de Zaragoza, de 4 de febrero de 1987, dictado en el expediente de adopción núm. 473/86, así como de las actuaciones y resoluciones judiciales posteriores.
- 2.º Reconocer el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva.
- 3.º Retrotraer las actuaciones del expediente de adopción cuya nulidad se declara al momento en que se debió practicar la citación personal de la recurrente, para que ésta pueda ser oída en dicho expediente.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de mil novecientos noventa.

STC 260/1994, de 3 de octubre de 1994

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende y don Pedro Cruz Villalón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de amparo acumulados núms. 1.561, 1.562, 1.563, 1.564, 1.565, 1.566 y 1.567/1992, interpuestos por la Generalidad de Cataluña, como institución tutelante de los menores Ana María y Miguel Angel B.R. (1561), Phillipe, Andrea, Christopher, Sthephen, Mercy y Laura G. (1562), Jordi y Sandra D.G. (1563), Trinity, François y Glenn P. (1564), Angel M.O. (1565), Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M. (1566) y Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M. (1567), contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de mayo de 1992, en los recursos de apelación núms. 163/92, 157/92, 159/92, 158/92, 161/92, 162/92, y 160/92, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona, de fecha 6 de noviembre de 1991, en los autos de Jurisdicción voluntaria núms. 517/90, 510/90, 512/90, 511/90, 515/90, 514/90 y 516/90, seguidos a instancia del nombrado apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña. Han comparecido el Ministerio Fiscal, don Agustín B.G. y doña Concepción R.R., padres de Ana María y Miguel Angel B.R., representados por la Procuradora doña Matilde Tello Borrell y asistidos del Letrado don Fernando Prida Carballeira; doña Evelyn Faye G., madre de Phillipe, Andrea, Christopher, Sthephen, Mercy y Laura G., representada por la Procuradora doña Isabel Alfonso Rodríguez y asistida del Letrado don Joaquim Escuder i Planxart; doña María José D.G., madre de Jordi y Sandra D.G., representada por la Procuradora doña María del Prado Oliver Cabañas y asistida del Letrado don Joaquim Escuder i Planxart; don Harvey Lee P. y doña Carol G., padres de Trinity, François y Glenn P., representados por la Procuradora doña Almudena Delgado Gordo y asistidos del Letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; doña Rosario M.O., madre de Angel M.O., representada por el Procurador don Emilio López Leiva y asistida del Letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; don Dennis Edward M., padre de Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M., representado por la Procuradora doña Paloma Prieto González y asistido del Letrado don Llorenç Pellicer i Sanz; y doña Teresa M.M., madre de Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M., representada por la Procuradora doña Josefa Landete García y

asistida del Letrado don Joaquim Escuder i Planxart. Ha sido Ponente el Magistrado don Pedro Cruz Villalón, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Con fecha 17 de junio de 1992, tuvieron entrada en el Registro de este Tribunal siete escritos de la Generalidad de Cataluña, como institución tutelante de los menores Ana María y Miguel Angel B.R. (1.561/92), Phillipe, Andrea, Christopher, Sthephen, Mercy y Laura G. (1.562/92), Jordi y Sandra D.G. (1.563/92), Trinity, François y Glenn P. (1564/92), Angel M.O. (1.565/92), Robin, Andrew, Meri, Feith y Martin M. (1.566/92) y Luna Teresa, Angel Amador y José Daniel T.M. e Irene H.M. (1.567/92), formalizando recursos de amparo contra los Autos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de mayo de 1992, en los recursos de apelación núms. 163/92, 157/92, 159/92, 158/92, 161/92, 162/92 y 160/92, promovidos contra los dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona, de fecha 6 de noviembre de 1991, en los autos de Jurisdicción voluntaria núms. 517/90, 510/90, 512/90, 511/90, 515/90, 514/90 y 516/90, seguidos a instancia del nombrado apelante por oposición a la declaración de desamparo y asunción de tutela legal realizada por Resolución de la Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña.

2. Los hechos en los que se fundamentan las demandas de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Con fecha 23 de julio de 1990 la Dirección General de Atención a la Infancia comunicó al Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona la oposición de los padres de los menores cuyos nombres se han transcrito a las medidas de protección adoptadas por la Generalidad respecto a ellos, concretadas en la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la Dirección General de Atención a la Infancia.

b) El 6 de noviembre de 1991 el Juzgado dicta los Autos 510 a 516/1991, idénticos en su contenido, desestimando la oposición planteada a la declaración de desamparo y asunción de la tutela legal realizada por la Generalidad.

Los mencionados Autos, tras centrar el problema jurídico en el alcance y límites de la patria potestad y, en concreto, del derecho de los padres a educar y formar a sus hijos con arreglo a sus propias convicciones (fundamento jurídico 2º), consideran que el art. 27.3 de la Constitución ha de confrontarse con los deberes que la patria potestad conlleva, y que cuando la educación impartida impida o limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo, presupuesto para la asunción de la tutela legal por la entidad pública competente (fundamento jurídico 3º); tras considerar acreditado que los padres de los menores pertenecen a una secta ("Niños de Dios") contra la que se

está siguiendo un proceso penal, razona que la conducta de manipulación mental y anulación de toda capacidad crítica realizada por los padres ha supuesto que los menores presenten deficiencias en las áreas de socialización y autonomía personal, por lo que considera que se da una situación de desamparo, explicitada, entre otros aspectos, en la no escolarización de los menores, declarando, en consecuencia, ajustada a Derecho la medida de internamiento de los menores, aunque, a petición de la propia Generalidad, "ante la favorable evolución de los menores a raíz de su escolarización", repone a los padres la mera guardia de los menores.

c) Los padres de los menores interpusieron recursos de apelación contra los meritados Autos; recursos que fueron resueltos en sentido estimatorio por los Autos (idénticos en su contenido) núms. 157 a 163/1992, de 21 de mayo, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona. A juicio de la Sala, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 C.E.); en su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad "Niños de Dios" fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, "escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país". Se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, "rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado", y que, en definitiva, debía "prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos".

3. La demandante de amparo considera vulnerado el art. 27.1, 2, 3, 4 y 5 en relación con el art. 15 de la Constitución.

Las demandas de amparo comienzan analizando el cumplimiento de los requisitos procesales y, en particular, la legitimidad de la Generalidad para la interposición de los recursos, considerando al respecto que la legitimación de los menores se deriva de lo dispuesto en el art. 162.1 b) C.E. y que dichos menores están representados por la Generalidad, como institución tutelante, que, en tal concepto, ha sido parte en los procesos judiciales. Se destaca, asimismo, que lo que se discute es la vulneración del derecho fundamental a recibir una educación integral de los menores, que éstos carecen de capacidad procesal y que, al no hacerlo los padres, surgiría una indefensión si no actuase la institución tutelante. En relación con el fondo del asunto, entiende la Generalidad de Cataluña que se ha vulnerado el art. 27.1 C.E. en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral, y que la medida protectora básica de la Generalidad fue

precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el art. 27 C.E. reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga, como afirman los Autos recurridos, injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, conclusión que se apoya en la STC 86/1985 (fundamento jurídico 3º), de forma que, sobre la base de los arts. 16.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (B.O.E. 31 de diciembre de 1990) y de la doctrina sentada en la STC 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral; sin embargo, los Autos impugnados supeditan absolutamente al ejercicio de una supuesta libertad religiosa el ejercicio de otros derechos constitucionalmente protegidos, en contra también del criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (caso Kjeldsen, Busk, Mandsen y Padersen) y de la STC 5/1981, por lo que los referidos Autos vulneran lo dispuesto en los arts. 10, 15 y 27 C.E., no siendo tampoco de recibo las consecuencias que las resoluciones judiciales impugnadas derivan de la condición de extranjeros de algunos de los menores, en la medida en que el art. 27 C.E. les es también de aplicación.

En conclusión, se solicita la nulidad de los Autos impugnados, así como su suspensión. Por medio de otrosí, interesa la demandante de amparo que en el supuesto de que este Tribunal considere que la Generalidad no ostenta la representación de los menores, se dé traslado de los recursos al Ministerio Fiscal, al objeto de que pueda, en interés de los menores, comparecer y proseguir su tramitación.

4. Mediante providencias de 28 de septiembre de 1992, la Sección Segunda de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al Letrado de la Generalidad con el fin de que realizaran las alegaciones pertinentes en torno a la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC, por carecer las demandas manifiestamente de contenido constitucional.

El Ministerio Fiscal, mediante escritos de 14 de octubre de 1992, solicitó la inadmisión de los recursos. Razona el Ministerio Público que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria sin dimensión constitucional alguna - determinar si existe o no la situación de desamparo de los menores- resuelta motivadamente por el Tribunal de apelación. A su juicio, no existe vulneración del art. 27 C.E. toda vez que no se ha probado que los menores no reciban una educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral.

Por su parte, la Generalidad insiste en el contenido de las demandas.

5. Por nuevas providencias de la Sección Segunda de 26 de octubre de 1992, se requirió del Ministerio Fiscal y de la Generalidad que alegasen lo que estimaran pertinente acerca del posible incumplimiento de requisitos procesales, por no ser la actora representante legal ni titular del derecho fundamental controvertido, requerimiento que, por error material, había sido omitido en las providencias anteriores.

El Ministerio Fiscal, mediante escritos registrados el 10 de noviembre de 1992, razona que el art. 162.1 b) de la Constitución establece que está legitimado para interponer un recurso de amparo quien invoque un interés legítimo cualificado o específico, lo que constituye una categoría más amplia que el derecho subjetivo, porque se identifica con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida, regulación que es completada con el art. 46.1 b) LOTC, que exige haber sido parte en el proceso y tener un interés legítimo. Señala que la Generalidad no es titular del derecho fundamental presuntamente vulnerado, ya que, como consecuencia de los Autos impugnados, ha perdido la tutela de los menores; sin embargo, si el Tribunal estimara los recursos volvería a recuperarla, de donde se deduce que tiene un interés legítimo; además, ha sido parte en el proceso judicial, por lo que concluye que, en su opinión, no concurre la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 a) en relación con el 46.1 b), ambos de la LOTC.

La Generalidad, por su parte, cuyos escritos de alegaciones se registraron el 11 de noviembre de 1992, entiende que está actuando en interés de unos menores necesitados de protección constitucional y a favor de los cuales nadie reclama la referida protección, así como que su posición jurídica le viene conferida por imperativo legal, toda vez que el art. 172 del Código Civil le encomienda la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo. Afirma, además, que la legitimación en la presente litis está conectada con el fondo del asunto, ya que en la medida en que los Autos objeto de los recursos vulneren el derecho fundamental a la educación, su revocación reafirma su legitimación como entidad detentadora de la tutela en el ejercicio de la defensa de los menores.

6. Por providencias de 1 de diciembre de 1992, la Sección acordó admitir a trámite las demandas de amparo sin perjuicio de lo que resultara de los antecedentes, requerir de los órganos judiciales los testimonios de las distintas actuaciones, así como el emplazamiento de quienes en ellos fueron partes, formar las correspondientes piezas separadas de suspensión y conceder, de conformidad con lo previsto en el art. 84 de la LOTC, un nuevo plazo de diez días al Ministerio Fiscal y a la Generalidad para que formularan alegaciones en torno a la posible vulneración del art. 27.4 de la Constitución.

7. Por Autos de 19 de abril de 1993 la Sala acordó denegar las suspensiones requeridas.

8. Por providencias de 29 de marzo de 1993 se tuvieron por personados y parte en estos procesos a los padres de los menores y se concedió a sus representantes procesales un plazo de veinte días para que presentaran alegaciones y se pronunciasen sobre la acumulación de los recursos.

El Ministerio Fiscal, en escritos registrados el 3 de mayo de 1993, considera que las resoluciones judiciales impugnadas no vulneran el art. 27 de la Constitución. El derecho fundamental a la educación señala a los poderes públicos la obligación de colaborar y ayudar a la efectividad de ese derecho fundamental; aquel precepto declara, en primer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, estableciéndose a continuación la gratuidad de la enseñanza básica y una serie de obligaciones que suponen un deber prestacional por parte del Estado, de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho. El art. 27.4 -continúa el Ministerio Público- no significa que la enseñanza tenga que realizarse de la manera establecida por el Estado, porque puede recibirse de otra forma siempre que se obtengan los mismos resultados, y esto es, justamente, lo que afirma la Audiencia Provincial que ha sucedido, sin que la diferencia en la forma de recibir la educación suponga por sí misma una vulneración del derecho fundamental. La Audiencia considera que, a pesar de no existir escolarización, no se habían descuidado la educación y formación integral; los Autos impugnados interpretan un término legal como es el del art. 154.1 del Código Civil, y lo hacen de forma razonada y fundada, y, por tanto, dentro del ámbito de su competencia y función. Afirma, por último, el Ministerio Fiscal que a las mismas conclusiones se llega desde la óptica de la supuesta vulneración del art. 15 de la Constitución, que se circunscribe a una cuestión de hecho, la situación o no de abandono. Concluye manifestando la procedencia de la acumulación de los recursos.

La Generalidad, por su parte, entiende vulnerado el art. 27 de la Constitución, dando por reproducidas las alegaciones de los escritos de demanda e insistiendo en que los Autos recurridos impiden la escolarización de los menores en centros públicos homologados.

La Procuradora de los Tribunales doña Carmen Tello Borrell, actuando en nombre y representación de don Agustín B.G y doña Concepción R.R., padres de Miguel Angel y Ana María B.R., solicita, mediante escrito registrado el 23 de abril de 1993, la desestimación del recurso 1561/1992, alegando, entre otros extremos, que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los arts. 16 y 27 de la Constitución. Señala, además, su no oposición a la acumulación de los recursos.

La Procuradora de los Tribunales doña Isabel Alfonso Rodríguez, actuando en nombre y representación de doña Evelyn Faye G., en el recurso 1.562/92, solicita que se declare no haber lugar al otorgamiento del amparo pretendido. Su razonamiento central, tras negar como cuestión previa su pertenencia a la secta "Niños de Dios", es que es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Considera que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia. Por otra parte, se manifiesta favorable a la acumulación de los recursos. Idéntica argumentación se contiene en los escritos presentados por la Procuradora de los Tribunales doña María del Prado Oliver Cabañas, en representación de doña María José D.G. en el recurso 1.563/92, por la Procuradora doña Almudena Delgado Gordo, en representación de don Harvey Lee P. y doña Carol G. en el recurso 1.564/92, por el Procurador don Emilio López Leiva, en representación de doña Rosario M.O. en el recurso 1.565/92, por la Procuradora doña Paloma Prieto González, en representación de don Dennis Edward M. en el recurso 1.566/92, y, por último, por la Procuradora doña Paz Landete García, en representación de doña Teresa M.M. en el recurso 1.567/92.

9. Por Auto de 6 de mayo de 1993, la Sección Segunda acordó la acumulación de los recursos.

10. Por providencia de 5 de mayo de 1994, se acordó fijar el día 9 siguiente para deliberación y fallo que ha concluido en el día de hoy.

II. Fundamentos jurídicos

1. Para la correcta delimitación del objeto de los presentes recursos de amparo es preciso recordar, sucintamente, cuáles han sido los avatares de las causas que han concluido con las resoluciones judiciales ahora impugnadas y cuáles las razones y argumentos a cuyo alrededor se han articulado los términos de las demandas interpuestas por la Generalidad de Cataluña.

Por Resoluciones de 10 de julio de 1990, la Dirección General de Atención a la Infancia del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña acordó -de conformidad con lo dispuesto en los arts. 172 y ss. del Código Civil, en el Decreto 332/1988, de 21 de noviembre, de Reasignación de Competencias en Materia de Protección de Menores y en el Decreto 380/1988, de 1 de diciembre, por el que se amplían las competencias y se estructura la Dirección General de Atención a la Infancia- declarar la situación de desamparo de los menores relacionados en los Antecedentes de esta Sentencia y asumir su tutela

automática. Tales Resoluciones se basaban en el riesgo que podía representar para la salud física y mental de los menores su permanencia en una secta tenida por destructiva y sobre cuyas actividades se estaban sustanciando diligencias penales.

Los padres de los menores se opusieron a las medidas acordadas por las Generalidad. Tal oposición fue desestimada por sendos Autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona; en opinión del Juzgado, los menores se encontraban en situación de desamparo y procedía, en consecuencia, la asunción de su tutela por la Administración autonómica. Promovido recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, la Sección Primera dictó Autos revocatorios de los de instancia, dejando sin efecto las medidas administrativas adoptadas. A juicio de la Audiencia Provincial, los menores no estaban desamparados ni padecían trastorno alguno en sus procesos de formación física, intelectual, espiritual y moral. Por lo que a su escolarización se refiere, señala la Audiencia que su formación educativa, realizada al margen del sistema de enseñanza oficial, venía asegurada por un sistema educativo propio, perfectamente aceptable en el ámbito de libertad diseñado por la Constitución.

Contra los Autos dictados en apelación se recurre ahora en amparo, alegando infracción del art. 27 (apartados 1 a 5) en relación con el art. 15, ambos de la Constitución. A juicio de la Generalidad de Cataluña, se ha vulnerado el art. 27.1 de la Constitución en la medida en que los padres de los menores impedían su escolarización en centros homologados, privándoles del derecho a una educación integral; entiende que la medida protectora básica de la Generalidad fue precisamente la obligada e incumplida escolarización, medidas que tienen como fundamento que el art. 27 de la Constitución reserva a los poderes públicos la homologación e inspección del sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes, sin que tal reserva suponga injerencia alguna en la libertad ideológica o religiosa, sino una obligación que, junto al contenido primario de derecho a la libertad, supone una dimensión prestacional del ejercicio del derecho a la educación integral, de forma que, sobre la base de los arts. 16.1 y 15 de la Constitución, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Protocolo Adicional, así como de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y de la doctrina sentada en la STC 24/1982, hay que concluir que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral.

Sostiene, por el contrario, el Ministerio Público que nos encontramos ante una cuestión de legalidad ordinaria sin dimensión constitucional alguna y resuelta motivadamente por el Tribunal de apelación. A su juicio, no existe vulneración del art. 27 de la Constitución toda vez que no se ha probado que los menores no reciban una educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana de acuerdo con las propias convicciones de los padres en materia religiosa y moral. Para el Ministerio Fiscal, el derecho fundamental a la educación señala a los poderes públicos la obligación de colaborar y ayudar a la efectividad de ese

derecho fundamental; aquel precepto declara, en primer lugar, el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, estableciéndose a continuación la gratuidad de la enseñanza básica y una serie de obligaciones que suponen un deber prestacional por parte del Estado, de forma que la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que, caso de no seguirse la vía estatal, no por eso cabe afirmar que se vulnera ese derecho. La Audiencia ha interpretado un término legal como es el del art. 154.1 del Código Civil de forma razonada y fundada y, por tanto, dentro del ámbito de su competencia y función.

Por último, los representantes procesales de los padres de los menores sostienen que la revocación del Auto recurrido supondría la vulneración de los arts. 16 y 27 de la Constitución. En su opinión, es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados. Consideran que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia.

2. Así centrados los términos del debate, es obvio que el objeto de los presentes recursos de amparo no es otro que determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido o no en infracción del derecho a la educación establecido en el art. 27 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho que ahora se invoca fue esgrimido ante la jurisdicción ordinaria en el marco de un debate más amplio, en el que lo que esencialmente se discutía era si concurrían o no las circunstancias legalmente exigidas a los efectos de atribuir a la Generalidad de Cataluña la tutela legal de los menores. Entre las razones esgrimidas por la Generalidad para fundamentar su apreciación de que la situación de los menores exigía la asunción de la tutela figuraba la relativa a la no escolarización de los niños, pero también otras tales como las referidas a la pertenencia de sus padres a una secta religiosa. Si bien el Juzgado de Primera Instancia estimó que del conjunto de las circunstancias del caso resultaba la concurrencia de las condiciones necesarias para atribuir a la Generalidad la tutela de los menores, la Audiencia Provincial consideró, por el contrario, que de aquéllas cabía más bien deducir lo contrario. Tratándose, en último término, del examen de una cuestión de hecho -pues no es otra cosa la verificación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas-, es evidente, como señala el Ministerio Fiscal, que nada puede oponerse sobre el particular en esta sede.

En efecto, el juicio que le han merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal, habida cuenta de que se refiere a cuestiones de hecho ponderadas y enjuiciadas en términos que, por no ser ni arbitrarios ni absurdos, no pueden ser objeto de revisión en vía de amparo (STC 148/1994). Ciertamente, la Generalidad contrae su demanda de amparo a la sola denuncia de la supuesta vulneración del derecho de los menores a la educación, sin cuestionar el acierto judicial en la apreciación y ponderación de las demás circunstancias personales y familiares invocadas en el proceso a quo para fundamentar su pretensión de asunción de la tutela. Ello no obstante, es de observar que lo debatido en aquellos procesos no era únicamente la cuestión relativa a la escolarización de los menores, sino, con mayor amplitud, la procedencia o improcedencia de la actuación de los mecanismos de la tutela legal, razón por la cual el problema de la escolarización necesariamente se diluía, hasta confundirse, con el resto de las circunstancias objeto de debate. Y, por lo mismo, las resoluciones judiciales que ahora se impugnan se han limitado, en congruencia con los términos de aquel debate, a declarar la improcedencia de la pretensión de la Generalidad y, en consecuencia, a restituir a los padres de los menores la plena potestad sobre los mismos.

Quiere esto decir que los Autos impugnados, con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor incorporados a sus fundamentos, sobre los cuales este Tribunal no tiene que pronunciarse, no han impedido la escolarización de los menores -único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado-, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad. La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación.

Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los Autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar los recursos de amparo acumulados núms. 1.561, 1.562, 1.563, 1.564, 1.565, 1.566 y 1.567/92.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".
Dada en Madrid, a tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.

Votos

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia dictada en los recursos de amparo acumulados núms. 1.561/92 a 1.567/92.

Discrepo de la presente Sentencia, tanto de su fundamentación jurídica, como del fallo que debió haber estimado el presente recurso de amparo. Si he entendido bien el sentir de la mayoría, la denegación del amparo se efectúa por dos razones esenciales: 1) porque no ha existido lesión del derecho fundamental a la educación ya que los "Autos impugnados no han impedido la escolarización de los menores" y 2) porque, en cualquier caso, versa el amparo sobre "una cuestión de hecho" que, habiendo sido ponderada por el órgano judicial en términos "no arbitrarios, ni absurdos", no le es dado entrar a conocer a este Tribunal.

Pues bien, frente a esta tesis mayoritaria, soy de la opinión de que el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona ha infringido los derechos a la tutela y a la educación de los arts. 24.1 y 27.1 de la Constitución.

1) Infracción del derecho a la tutela:

Infringe, en primer lugar, el derecho a la tutela el Auto impugnado porque, aun cuando esta resolución aparezca formalmente motivada, dicha motivación es manifiestamente arbitraria.

Es irracional o arbitraria, porque no se puede afirmar (en el hecho primero de dicho Auto, de 21 de mayo de 1992), sin infringir el derecho a la tutela, que, de un lado, se "aceptan los hechos del Auto dictado el 6 de noviembre de 1991 por el Ilmo. Sr.

Juez de Primera Instancia núm. 19 de los de Barcelona..." para pasar a afirmar posteriormente, de otro, que lo que dicho Juez califica de "secta destructiva" en realidad es una "comunidad religiosa" que se había reservado la "facultad

educativa con exclusión de la enseñanza estatal, para lo que crea su plan de estudios" (F.J. 6), así como que no existían "anomalías intelectuales" en los niños, objeto de la declaración de abandono, cuando el Juez de Primera Instancia había declarado probada la existencia de un estricto aislamiento de los menores con sometimiento a una doctrina totalitaria que produjo en los niños graves "deficiencias en las áreas de socialización y de la autonomía personal" con "maltrato o abuso psicológico" (F.J. 4) y establecimiento, en definitiva, de "un sistema de vida atentatorio a su dignidad personal" (F.J. 7), etc., etc.

Las anteriores contradictorias afirmaciones convierten en irracional a la resolución impugnada, y ello no porque en un recurso de apelación se le prohíba al Tribunal ad quem realizar una valoración distinta de los hechos probados, sino porque, en nuestro caso, difícilmente puede cambiar esa valoración sin modificar la declaración de hechos probados.

En efecto, el examen de las actuaciones revela, en primer lugar, que toda la prueba practicada (de entre la que hay que destacar diversos informes psiquiátricos-forenses, psicológico-pedagógicos y del equipo psicológico de la Dirección General de Atención a la Infancia) se efectuó en la primera instancia; en segundo, que el Juez a quo fijó su resultado en el Auto declarativo del desamparo; en tercer lugar, que la Sección Primera de la Audiencia la hizo suya al aceptar la declaración de hechos probados, y que, finalmente y en consonancia con nuestro sistema de apelación restringido, no se practicó prueba alguna en segunda instancia.

Ante tales antecedentes fácticos, es claro que no nos encontramos ante una valoración distinta de un mismo resultado probatorio, sino ante la afirmación apodíctica y ex novo por la Audiencia de unos nuevos hechos que, sin declararlos, se tienen por "probados" sin duda a través de la "ciencia privada" del Tribunal (pues, como se ha dicho, no existió prueba en la segunda instancia) y que se encuentran en flagrante contradicción con los auténticos hechos declarados probados (tras la pertinente actividad probatoria) por el Juez de instancia y aceptados por la propia Audiencia. Esta contradicción entre hechos probados y los afirmados sin apoyatura legal alguna por dicha Sección Primera convierten a la resolución hoy impugnada en irracional y arbitraria y, por ende, en conculcadora, según nuestra doctrina (SSTC 174/1992, 159/1989, 55/1993...), del derecho a la tutela.

2) Violación del derecho a la educación:

Niega, en segundo lugar, nuestra Sentencia tanto que haya existido violación del derecho a la educación, como que, de haber existido, este Tribunal pueda valorarla.

Tampoco comparto tales razonamientos de la mayoría. Discrepo del primero de los enunciados argumentos, porque consta en las actuaciones que los niños no estaban escolarizados (a salvo, claro está, que por tal se entienda la formación dentro de la propia secta) y del segundo, porque, tratándose de una pretensión única y sustantiva de amparo (esto es, distinta a las procesales del art. 24 C.E.), este Tribunal está facultado por la Constitución y su Ley Orgánica a examinar

con plenitud de jurisdicción los hechos (eso sí, exclusivamente) causantes de la violación del derecho fundamental a la educación. Por lo demás, no acierto a comprender la afirmación de nuestra Sentencia, según la cual no se priva a la Generalitat de sus facultades de aseguramiento de la escolarización de los menores, pues, a la luz del ordenamiento vigente (arts. 54 de la Ley catalana 11/1985 y 88 del Decreto catalán 162/1986 en relación con los arts. 172.1 y 209 del Código Civil) y con la sola salvedad del proceso penal, dicha medida exige ineludiblemente la previa declaración judicial de abandono.

Así, pues, debimos haber entrado en el fondo del presente recurso de amparo, en cuyo caso hubieramos debido declarar que la resolución impugnada infringe el derecho a la educación del art. 27.1 y ello por la sencilla razón de que "todos -y, por supuesto, los niños- tienen el derecho a la educación".

El presente recurso de amparo plantea el, ante este Tribunal, novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la "total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuada a su formación intelectual y somática", (F.J. 8, in fine, de la resolución recurrida) -en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la "libertad ideológica y religiosa" del art. 16, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27.3- o, si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario.

A mi parecer el art. 27.1 contempla el segundo de los citados derechos, cuyo único titular originario son los niños, aun cuando, en circunstancias normales, los padres hayan de ejercerlo a través de la representación.

El problema que plantea, sin embargo, el caso que nos ocupa es el de un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres (que subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de enseñanza religiosa en el seno de una secta) y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por la Generalitat Catalana, quien en nombre propio (pues así lo autorizan los arts. 1, 2 c y ss. de la Ley Catalana 11/1985), pero en el interés ajeno de los menores, exige esa escolarización obligatoria, previa declaración de abandono, y aun en contra de la voluntad de los padres.

Es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (o unión de hecho) la religión que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al Colegio religioso que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones (con la especial tutela a la religión católica proclamada por el art. 16.3 C.E. y Acuerdos con la Santa Sede); pero, en mi opinión, la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente. Por esta razón, nuestra Sentencia debió haber concluido en que la Generalitat Catalana actuó

constitucionalmente cuando instó la declaración de abandono en orden a poder obtener la escolarización efectiva de los niños y, al contrario, debió haber anulado por inconstitucional la resolución de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Madrid, tres de octubre de mil novecientos noventa y cuatro.



STC 163/2009, de 29 de junio de 2009

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Guillermo Jiménez Sánchez, Presidente, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 273-2008, promovido por don Antonio Vicente-Arche Rodríguez, en nombre y representación de doña Cristina S.P. y su hijo menor de edad, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 26 de noviembre de 2007, por la que se estimó el recurso de apelación 262-2007 interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid en autos de proceso de menores núm. 288-2006. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, ha comparecido don Iván Z.S. y ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal en fecha 10 de enero de 2008 el Procurador de los Tribunales don Antonio Vicente-Arche Rodríguez, en nombre y representación de doña Cristina S.P. y su hijo menor de edad, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid recaída en recurso de apelación núm. 262-2007, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en fecha 24 de noviembre de 2006.

2. Sucintamente expuestos, los hechos en los que se basa la demanda son los siguientes:

a) En el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid (Familia) se siguió el procedimiento civil de modificación de medidas en relación con menor con el núm. 288-2006 a instancias de su padre, don Iván Z.S., frente a la recurrente en amparo, doña Cristina S.P., madre del menor, nacido el 18 de septiembre de 1995.

b) En la demanda de modificación de medidas instada por el Sr. Z.S. se solicitaba, entre otros extremos que, aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con el padre para que la relación de éste con el menor fuera restableciéndose

paulatinamente. La Sra. S.P. no sólo se oponía a esta petición, sino que, con carácter subsidiario, solicitaba un régimen más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo y tuvieran una duración no superior a una hora.

c) Seguido el juicio por sus trámites, se recabó informe del equipo psicosocial del Juzgado, que lo emitió oportunamente. Los peritos ratificaron el contenido del informe en la comparecencia ante el Juez, que tuvo lugar el 22 de noviembre de 2006. En el informe se señala que “el menor no muestra signos de rechazo hacia la figura paterna” y recomendaba “la integración de la figura paterna en su universo emocional”, aunque “de forma progresiva dada la ausencia de comunicación entre ambos desde hace tiempo”. En consecuencia se mostraba partidario de un régimen restrictivo de visitas del padre (visitas cada quince días, con una duración no superior a dos horas, y a realizar en el punto de encuentro familiar Aprome). En sus comparecencias respectivas los padres insistieron en sus pretensiones iniciales. La madre solicitó la audiencia del menor, quien por su parte no solicitó ser oído. La prueba de la audiencia del menor fue denegada porque éste ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado el 12 de julio de 2006.

d) El Juzgado dictó Sentencia el 24 de noviembre de 2006 estimando la demanda y acordando las visitas del padre al menor los domingos alternos de 11 a 13 horas en la sede de Aprome de Valladolid, con seguimiento trimestral por el equipo psicosocial.

e) La Sra. S.P. interpuso recurso de apelación, mediante el que pretendía la nulidad de la Sentencia de primera instancia y la interrupción del régimen de visitas. El recurso solicitaba asimismo que la Audiencia Provincial de Valladolid acordara la audiencia del menor. Tanto el padre del menor como el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso.

f) La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó Auto el 19 de junio de 2007 denegando la práctica de la audiencia al menor, puesto que éste ya había sido oído por el equipo psicosocial del Juzgado. La Sala entendió que la oposición del menor al régimen de visitas quedó acreditada, de modo que la referida audiencia resultaba intrascendente. La Sra. S. interpuso recurso de reposición, que fue desestimado por Auto de 10 de octubre de 2007.

g) El 26 de noviembre de 2007 la Sala dictó Sentencia, desestimando el recurso de apelación y confirmando la de instancia.

3. En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas vulneran el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor. Estas vulneraciones se han producido por la falta de audiencia al menor de edad, quien tenía suficiente juicio (12 años en el momento de presentar la demanda de amparo), por desconocimiento del carácter judicial de la audiencia del menor establecido legalmente y de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto (con cita de las SSTC 221/2002, 152/2005 y 17/2006). Mediante otrosí se solicita la suspensión cautelar de las Sentencias recurridas en amparo en lo atinente al

régimen de visitas con su hijo concedido en las resoluciones recurridas al padre biológico.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó, por providencia de 23 de septiembre de 2008, admitir a trámite la demanda de amparo, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, así como requerir a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid y al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid para que remitieran testimonio de las actuaciones y emplazaran a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción de los recurrentes en amparo.

5. Por providencia de la misma fecha la Sala acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, de acuerdo con lo solicitado por los demandantes; y, de conformidad con lo prevenido en el art. 56 LOTC conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que, dentro de dicho término, alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión interesada. Por Auto núm. 325/2008, de 20 de octubre, la Sala Segunda de este Tribunal acordó denegar dicha suspensión.

6. Por diligencia de ordenación de 30 de diciembre de 2008 se acordó tener por personado a don Iván Z.S., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Lasa Gómez, y dar vista de las actuaciones recibidas a las parte personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, de conformidad con el art. 52.1 LOTC.

7. El 2 de febrero de 2009 tuvo entrada en este Tribunal escrito de alegaciones presentado por la representación procesal de los demandantes de amparo, quien insistió en las mantenidas con anterioridad en su recurso de amparo.

8. Por escrito registrado el 6 de febrero de 2009 la representación procesal de don Iván Z.S. interesó la denegación del amparo. En opinión del Sr. Z.S. las resoluciones judiciales recurridas están debidamente motivadas y expresan las razones por las que se considera de superior interés del menor el contacto con su padre, habiéndose cumplido con las exigencias de la ley vigente. No se ha producido, por consiguiente, la alegada vulneración del art. 24.1 CE. Tampoco del art. 15 CE, siendo así que el interés superior del menor ha sido criterio principal de la decisión judicial. Finalmente, la referencia a la violación del art. 10 CE sólo puede entenderse como retórica, pues este precepto no contiene ningún derecho fundamental susceptible de recurso de amparo.

9. Mediante escrito de 11 de febrero de 2009 el Ministerio Fiscal, cumplimentando el trámite de alegaciones, interesó la desestimación del amparo.

El Ministerio Fiscal se refiere a la aprobación de la Ley Orgánica 15/2005, de reforma del Código civil, aplicable a este asunto, que modificó el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor —que reconocía el derecho de éste a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social—, de tal modo que la nueva redacción del art. 90 CC dispone que, “antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor”.

De lo anterior el Ministerio Fiscal deduce que, de acuerdo con la Ley 15/2005, la audiencia personal al menor por el Juez está sujeta, por una parte, a la aptitud mental del menor y, por otra, a que se estime necesaria de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor. Por otra parte la Ley permite al Juez proceder a la audiencia al menor por persona o institución interpuesta aunque deberá justificarse caso por caso. El Ministerio Fiscal concluye que así se hizo en el presente asunto, en el que el menor tiene suficiente juicio y en el que su oposición a la comunicación con el padre ha quedado fuera de toda duda.

10. Por providencia de 25 de junio de 2009, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 29 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La demandante de amparo, que actúa en su propio nombre y en el de su hijo menor de edad, impugna la Sentencia de 26 de noviembre de 2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid recaída en recurso de apelación núm. 262-2007, interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 10 (Familia) de Valladolid en fecha 29 de noviembre de 2006. En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas han lesionado los derechos a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor, por cuanto los órganos judiciales denegaron la audiencia de éste. El Ministerio Fiscal se opuso a la concesión del amparo, ya que las resoluciones judiciales motivaron debidamente su decisión de no proceder a la audiencia del menor, posibilidad prevista, por otra parte, por la vigente Ley 15/2005. Por parecidos motivos la representación procesal del Sr. Z.S., padre del menor, se pronuncia igualmente en contra del otorgamiento del amparo solicitado.

2. A la vista de las distintas alegaciones realizadas, corresponde establecer a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas, dando prioridad, según jurisprudencia constante de este Tribunal, a aquéllas de las que

pueda derivarse una retroacción de actuaciones y, dentro de éstas, a las que, al determinar la retroacción a momentos anteriores, hagan innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes (por todas, SSTC 94/2007, de 7 de mayo, FJ 2, y 205/2007, de 24 de septiembre, FJ 3). Ello implica, en este caso, que debamos analizar, en primer término, la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dado que la estimación de la misma obligaría a la retroacción de las actuaciones para que se cumplimentara el trámite de audiencia que se dice indebidamente omitido, y haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las otras quejas planteadas, habida cuenta la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional.

3. La parte demandante sostiene que el trámite de audiencia en los procesos de modificación de las medidas con relación a los hijos es obligatorio para la autoridad judicial, incluso sin necesidad de que sea solicitado por las partes. Esta obligatoriedad resulta de la aplicación sistematizada e integrada del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, y de los artículos 92.6 y 159 del Código civil. La demanda reproduce las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, 152/2005, de 2 de junio, y 17/2006, de 30 de enero, que confieren a la audiencia al menor en este tipo de procedimientos la condición de trámite esencial cuya omisión puede afectar al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En este sentido el fundamento jurídico 5 de la STC 221/2002, de 25 de noviembre, declara que "al encontrarnos en este supuesto ante un caso que afectaba a la esfera personal y familiar de una menor, la cual, por la edad que tenía en aquel momento, gozaba ya del juicio suficiente para deber ser oída por la Audiencia Provincial, con el fin de hacer efectivo el derecho a ser oídos que el art. 9 de la Ley de protección jurídica del menor reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (derecho reconocido, además, por el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, expresamente invocada en el art. 3 de la citada Ley Orgánica de protección jurídica del menor), este órgano judicial debió otorgar un trámite específico de audiencia a la menor antes de resolver el recurso de apelación interpuesto, por lo que también por este motivo debe apreciarse la vulneración del art. 24.1 CE". Esta doctrina es reiterada en las SSTC 152/2005, de 2 de junio, FJ 3, y 17/2006, de 30 de enero, FJ 5, que se refiere asimismo al art. 24.1 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

La demanda sostiene que en el presente caso el menor tenía juicio suficiente para ser oído, pues contaba alrededor de once años cuando se dictaron las Sentencias de primera instancia y de apelación. Y añade que el menor había mostrado su negativa al régimen de visitas a favor de su padre biológico acordado por el

Juez. Esta circunstancia genera en el menor serios daños y padecimientos psicológicos y lesiona su integridad moral (art. 15 CE) y su dignidad (art. 10 CE).

4. Sin embargo, como señala el Ministerio Fiscal, en 2005 se produjo una reforma legislativa que modifica el régimen jurídico al que se refiere la demanda. La Ley Orgánica 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, dio una nueva redacción al artículo 92 del Código civil, cuyo apartado 6 establece: "En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda".

Esta disposición se complementa con el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil, que garantiza el derecho del menor a ser oído. El apartado 2 de este artículo establece que el menor puede ejercitar este derecho "por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio" y que "cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente".

Las resoluciones judiciales que han dado origen a la presente demanda de amparo fueron dictadas con posterioridad a la publicación de la Ley Orgánica 15/2005, por lo que ésta es la normativa que debían aplicar los órganos judiciales.

5. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación interpuesto por la Sra. S.P. responde a la alegación de indefensión generada por la falta de audiencia del menor. La Audiencia señala que, siendo la pretensión de la Sra. S. que no se reconozca derecho de visitas al padre, el objetivo esencial de la propuesta de audiencia es conocer la opinión del menor respecto a tal régimen y si desea mantener contactos con su padre. Esta opinión ya es conocida por la Sala, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor.

Esta argumentación -expuesta ya en los Autos de 19 de junio de 2007, que denegó la prueba, y de 10 de octubre de 2007, que resolvió el recurso de reposición- es coherente con la normativa aplicable al presente asunto, conforme

a la cual los órganos judiciales deducen que la audiencia al menor no se concibe ya con carácter esencial, siendo así que el conocimiento del parecer del menor puede sustanciarse a través de determinadas personas (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996) y sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

6. Descartada la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva procede considerar la alegación relativa a la integridad moral del menor (art. 15 CE). A estos efectos debe señalarse, en primer lugar, que en realidad la demandante de amparo se limita a cuestionar de nuevo la conveniencia o los beneficios del cambio de guarda y custodia de la menor decidido por la Audiencia Provincial. Este Tribunal "ha manifestado en la STC 71/2004, de 19 de abril, que la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando la misma no se haya producido de modo real y efectivo, sino que se infiera de un riesgo ... sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. Por el contrario, cuando no sea así porque quepan dudas fundadas de que tal lesión vaya o no a producirse o porque resulte ponderada teniendo en cuenta otros factores, y sin que el interés [del] menor deje de constituir siempre norte del órgano que ha de apreciarla, su declaración por este Tribunal invadiría una función que no le corresponde, sino que está atribuida a los Jueces y Tribunales ordinarios ex art. 117.4 CE, esto es, en función de las atribuciones que expresamente les confiere la Ley en garantía de cualquier derecho" (STC 22/2008, de 31 de enero, FJ 8). En el presente asunto nada permite determinar ni el daño ni el peligro potencial para la integridad moral del menor, máxime cuando la Sentencia prevé que la comunicación con el padre tendrá lugar en un punto de encuentro, bajo la vigilancia y observación de profesionales y con posibilidad de revisión de la medida en el supuesto de peligro y daño efectivo en el menor.

7. Por último hemos de soslayar toda referencia a la denunciada violación de los derechos inherentes a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, alegados en la demanda sin conexión con otros derechos, pues de la sola lectura del art. 53.2 CE ya se desprende inequívocamente que el art. 10.1 CE es un precepto ajeno a la vía del amparo.

8. La publicación en el "Boletín Oficial del Estado" de la presente Sentencia se realizará sin incluir el nombre y los apellidos completos del menor, al objeto de respetar la intimidad de aquél (STC 114/2002, de 5 de abril, FFJJ 5 a 8).

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo de doña Cristina S.P. y su hijo menor de edad.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.
Dada en Madrid, a veintinueve de junio de dos mil nueve.



STC 133/2010, de 2 de diciembre de 2010

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7509-2005, promovido por don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo y asistidos por el Abogado don Fernando Piernavieja Niembro, contra la Sentencia núm. 548/2005, de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga (rollo núm. 770-2003), confirmatoria de la Sentencia núm. 36/2003, de 5 de mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta, doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 26 de octubre de 2005, la Procuradora de los Tribunales doña Laura Lozano Montalvo, en nombre y representación de don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 5 de mayo de 2003 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y la Sentencia de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, mencionadas ambas en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del asunto, son, en síntesis, los siguientes:

a) El Ministerio Fiscal, al amparo de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, presentó expediente de jurisdicción voluntaria 1-2003, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, solicitando que se acordara la inmediata escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo. El Fiscal aducía que los recurrentes ya habían sido citados y habían comparecido en la Fiscalía, justificando la ausencia de escolarización en que ellos se ocupaban personalmente de la educación de los menores. En la comparecencia se les

apercibió de la obligación de escolarización conforme al art. 154 del Código civil (CC) - obligaciones derivadas de la patria potestad-, pero los menores no habían sido escolarizados. Los recurrentes presentaron la siguientes alegaciones: 1) sus hijos reciben educación en su propio domicilio: hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa; 2) la educación que reciben es más adecuada que la que se imparte en los centros públicos o privados en un aula de 30 ó 40 alumnos; 3) no se está causando a los menores ningún perjuicio, pues reciben educación y no se han detectado por los profesionales de los servicios sociales problemas sociofamiliares; 4) lo que el Ministerio Fiscal plantea subrepticamente no es el incumplimiento de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad recogidas en el art. 154 CC, sino la escolarización obligatoria; 5) la Constitución de 1978 no protege la obligatoriedad de la escolarización, sino el derecho a la educación dentro de unos valores constitucionales y no puede confundirse la educación con la escolarización, ya que lo uno no implica lo otro; 6) como jurisprudencia que sostiene su posición invocan la STC 5/1981, de 13 de febrero, y la Sentencia núm. 1669/1994 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1994, pues, a su parecer, ambas no excluyen los modelos de enseñanza que se desarrollen en el núcleo familiar. Por su parte, el Ministerio Fiscal alegaba lo siguiente: 1) el art. 27 CE dispone en su apartado 1 que existe un derecho universal a la educación; en su apartado 4 señala que esa educación es obligatoria y gratuita en su nivel básico y en su apartado 5 se atribuye a los poderes públicos la competencia de garantizar ese derecho mediante dos acciones: una, ordenar la programación de la enseñanza básica, que será gratuita y obligatoria, y dos, crear los necesarios centros docentes, tarea en la que podrán concurrir igualmente los particulares si así lo desean; 2) las normas de desarrollo del art. 27 concretan en estos presupuestos y, en particular, el art. 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), extendió la enseñanza obligatoria hasta los 16 años para todos los españoles, obligación de la que los padres no pueden sustraerse, hasta el punto que si están descontentos con la enseñanza pública podrán crear un centro docente acorde con sus convicciones morales y religiosas, pero no podrán incumplir preceptos constitucionales y legales; y 3) España es parte de diversos tratados internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención de los Derechos del Niño y otros) en los que la enseñanza básica se define como obligatoria y el art. 10.2 CE obliga a interpretar nuestra Constitución conforme a tales textos.

b) El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín dictó Sentencia el 5 de mayo de 2003, ordenando a los demandantes de amparo que escolarizaran a sus respectivos hijos menores de edad en el ciclo escolar básico en el curso 2003/2004. Fundamenta su decisión en que, sin juzgar la calidad de la enseñanza domiciliaria que estén recibiendo y admitiendo que son familias bien estructuradas cuyos padres se preocupan por sus hijos, el art. 27.4 CE no permite que los padres nieguen a los hijos el derecho y la obligación que tienen de

participar en el sistema oficial de educación. A mayor abundamiento, el órgano judicial añade que la exclusión del sistema oficial puede generar a los menores serios problemas en su desarrollo futuro, tanto en el ámbito académico -sirva de ejemplo las dificultades para el acceso a la Universidad-, como social y de integración con otros niños de su edad.

c) Esta Sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga. Se aducía incongruencia extra petita pues, a juicio de los recurrentes, frente a la denuncia del Ministerio Fiscal referida al incumplimiento del art. 154 CC, el Juzgador de Primera Instancia había desestimado la pretensión fundamentando su fallo en la obligatoriedad de la enseñanza establecida en art. 27.4 CE. La Audiencia negó la incongruencia extra petita, afirmando que los preceptos del Código civil citados por los recurrentes derivaban del precepto constitucional referido y dictó Sentencia desestimatoria el 6 de junio de 2005. Asimismo, centró los términos del debate en si la educación que los menores recibían en su domicilio era suficiente para cumplir el mandato constitucional del art. 27.4 CE. Al respecto, la Sala afirmó que la escolarización estaba integrada en el concepto básico de derecho a la educación, no sólo por los beneficios que los menores pueden tener mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de grados y titulaciones. El órgano de apelación arrancaba del Voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra en la STC 260/1994, de 3 de octubre, para llegar a afirmar que el art. 27. 3 CE ampara el derecho de los padres a impartir en el seno de la familia la enseñanza que estimen conveniente, enviar a sus hijos al colegio que deseen y exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones, pero no ampara el derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos sabrán impartir la educación adecuada. El órgano judicial recuerda que el derecho a ser escolarizado es un derecho del menor, no de los padres, que convive con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso imperativamente si ello fuera necesario.

3. En su demanda de amparo los recurrentes alegan, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE), retomando la denuncia de incongruencia extra petita, si bien con argumentos matizados: por un lado, aducen que el art. 154 CC no resulta de aplicación al caso, pues está previsto para combatir el incumplimiento del deber escolar, fruto de la dejación de los deberes paterno-filiales, situación que no se produce en el presente supuesto y, por otro, denuncian que el órgano judicial falla estimando cuestiones no planteadas en la demanda, concretamente “el grado de conocimiento que en las distintas materias y ramas existentes en el nivel educativo básico puedan tener los menores, con respecto al sistema oficial reconocido”, sin que ello fuese objeto de la demanda y exigiendo, además, la carga de la prueba a los demandados de algo para lo que ni siquiera se les ha requerido. Invocan también,

en segundo lugar, la violación del derecho a la educación (art. 27.1, 2, 3 y 4 CE), en cuanto las resoluciones impugnadas deniegan a los menores el derecho a seguir su proceso educativo en su propio domicilio, sin integrarse en el sistema escolar. Finalmente, oponen la vulneración del derecho a la no discriminación (art. 14 CE) por razón de nacionalidad, puesto que alguno de los recurrentes en amparo, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria. En consideración a todo ello, solicitan de este Tribunal que otorgue el amparo y declare la nulidad de la Sentencia de 5 de mayo de 2003, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y la Sentencia de 6 de junio de 2005, dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, así como que se reconozca su derecho a la educación en su domicilio. En la demanda de amparo se solicita también, mediante otrosí, la suspensión de la ejecución de las resoluciones impugnadas, toda vez que, de no accederse a la suspensión, el recurso de amparo perdería su finalidad.

4. Por providencia de 26 de febrero de 2008 la Sala Primera de este Tribunal acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga y al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, para que en el plazo de diez días remitieran testimonio, respectivamente, del rollo de apelación civil núm. 770-2003 y del procedimiento de jurisdicción voluntaria núm. 1- 2003.

5. En la misma providencia de 26 de febrero de 2008 la Sala Primera de este Tribunal admitió a trámite la demanda de amparo acordando dirigir comunicación a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga a los efectos de que se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción de los recurrentes en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

6. Mediante nueva providencia de la misma fecha, la Sala Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, abrir pieza separada de suspensión y conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a los demandantes de amparo para que, dentro de dicho término, alegasen lo que estimaren oportuno en relación con la petición de suspensión interesada.

7. La representación de los demandantes de amparo formula alegaciones ante este Tribunal por medio de escrito registrado el 6 de marzo de 2008, en las que se reitera que de no acordarse la suspensión, el amparo interpuesto perdería definitivamente su finalidad. En escrito registrado ante este Tribunal el 7 de abril de 2008 el Ministerio Fiscal interesó la denegación de la suspensión solicitada, alegando que en el caso la finalidad concreta conectada a los fallos judiciales

recurridos carece ya de objeto, pues la escolarización para el curso 2003/2004 ya debió llevarse a efecto. El Fiscal afirmaba que si lo que se pretendía era la suspensión en abstracto y con miras de futuro, la pretensión no podía llevarse a cabo, pues su concesión coincidía con el objeto propio del amparo, con lo que se estaría anticipando en una medida cautelar el alcance del mismo. Por el ATC 163/2008, de 23 de junio, este Tribunal denegó la suspensión solicitada.

8. Mediante diligencia de ordenación de 15 de septiembre de 2008, se tuvo por recibido el testimonio de las actuaciones seguidas en la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga y en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín y se acordó dar vista de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

9. La representación procesal de los recurrentes dio cumplimiento al trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado el 14 de octubre de 2008, en el que reiteraron las efectuadas en el escrito de demanda.

10. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 29 de octubre de 2008 interesando la desestimación del amparo solicitado. En él se rechaza la vulneración del derecho a la educación, pues si bien se admite que el art. 27 CE no impide la práctica denominada *homeschooling*, o enseñanza en el propio domicilio, en relación con la cual nos encontraríamos, además, ante un vacío legal, sí existiría base constitucional para dos exigencias: que tal alternativa educativa obedezca en su finalidad al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades constitucionales y que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo. A juicio del Ministerio público, ninguno de ambos extremos siquiera se ha intentado probar por los padres de los menores, que se han limitado a alegar su discrepancia sobre el modelo educativo sin ofrecer las razones por las que no lo consideran conveniente. El Ministerio Fiscal rechaza también la vulneración alegada del art. 24 CE, en sus vertientes de incongruencia extra petita e indefensión, declarando que, una vez acotados los términos del debate en el deber de los padres de escolarizar obligatoriamente a sus hijos menores dentro del sistema educativo general, difícilmente se puede sostener indefensión o incongruencia extra petita por las referencias del órgano judicial al derecho a la educación en diferentes textos internacionales. Finalmente, por lo que afecta a la vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de la nacionalidad, supuestamente originada porque en los países de origen de alguno de los recurrentes la enseñanza a domicilio está autorizada y regulada, el Fiscal apunta que la queja carece de entidad constitucional, por un lado porque el cumplimiento de la normativa española le es perfectamente exigible en su condición de residentes en

España pero, sobre todo, porque la queja no fue aducida en el proceso a quo, por lo que concurre la causa de inadmisión de falta de invocación en la vía judicial previa.

11. Por providencia de 29 de noviembre de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 2 de diciembre del mismo año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Coín, mediante la que se ordenaba la escolarización en el ciclo escolar básico de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. En esencia, ambos órganos judiciales argumentan, por un lado, que ningún padre puede negar a sus hijos el derecho y el deber de participar en el sistema oficial de educación, que derivan del mandato constitucional de enseñanza obligatoria (art. 27.4 CE) y, de otra parte, que la escolarización obligatoria está integrada en el contenido mismo del derecho a la educación (art. 27.1 CE), no sólo por los beneficios que reporta a los menores mientras esta escolarización se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje en el marco de los grados y las titulaciones.

Los demandantes alegan, en primer lugar, la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE): por un lado, aducen que el art 154 del Código civil (CC) no resulta de aplicación al caso, pues está previsto para combatir el incumplimiento de la escolarización cuando ésta es fruto de la dejación de los deberes paterno-filiales, situación que no se produce en el presente supuesto, y, por otro, denuncian que el órgano judicial ha decidido con base en elementos no planteados en la demanda, concretamente “el grado de conocimiento que en las distintas materias y ramas existentes en el nivel educativo básico puedan tener los menores, con respecto al sistema oficial reconocido”, cuestión sobre la que no habrían podido defenderse. También invocan, en segundo lugar, la violación del derecho a la educación (art. 27, apartados 1, 2, 3 y 4 CE) en cuanto que las resoluciones impugnadas deniegan el derecho de los menores a seguir su proceso educativo en su domicilio, sin integrarse en el sistema escolar. Finalmente, oponen la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE), puesto que algunos de los recurrentes, que no son de nacionalidad española, tienen reconocido en su país de origen el derecho a la enseñanza domiciliaria.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de amparo, rechazando cada una de las vulneraciones alegadas. En relación con la queja relativa al derecho a la educación, el Ministerio Fiscal centra su argumentación en que la educación en el propio domicilio debe cumplir unos requisitos que el supuesto no cumple: por un lado, que su finalidad obedezca al pleno desarrollo de la

personalidad humana y, por otro, que esté asegurada la suficiencia de contenidos, ya que es principio constitucional la habilitación a los poderes públicos para homologar e inspeccionar el sistema educativo.

2. Antes de afrontar el examen del fondo de las quejas aducidas por los demandantes de amparo es preciso señalar que en la queja relativa a la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad (art. 14 CE) concurre el óbice procesal correspondiente a la falta de su invocación formal en el proceso judicial previo [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional]. Este Tribunal ha reiterado en múltiples ocasiones que el requisito de invocación previa tiene la doble finalidad de, por una parte, dar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción de amparo (por todas, SSTC 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 2). El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su nomen iuris, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, de reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo. En este caso, los demandantes de amparo no invocaron en ningún momento, en su recurso de apelación, cuestión alguna relativa a una conducta discriminatoria por razón de la nacionalidad. En consecuencia, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial limitó sus pronunciamientos al análisis y desestimación de los motivos de la impugnación formulados. Y dado que entre ellos no estaba el relativo a la presunta discriminación por razón de nacionalidad, los demandantes de amparo imposibilitaron así a la jurisdicción ordinaria un eventual restablecimiento de su derecho, presupuesto necesario de admisibilidad del recurso de amparo, por lo que procede la inadmisión de esta queja.

3. Con invocación de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), se quejan los demandantes de la incongruencia extra petita en que habrían incurrido las resoluciones judiciales recurridas al haber introducido un elemento nuevo para motivar su resolución, como es el relativo al nivel de conocimientos de los menores con respecto al sistema oficial reconocido y, en particular, las referencias en esa argumentación a los diversos apartados del art. 27 CE.

a) Hemos de recordar que la incongruencia por exceso o extra petita “se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones”,

constituyendo siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes (por todas, SSTC 250/2004, de 20 de diciembre, FJ 3, y 42/2006, de 13 de febrero, FJ 4). Pero lo anterior no comporta, sin embargo, que “el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado, el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que le sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petita* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso” (por todas, STC 264/2005, de 24 de octubre, FJ 2) .

b) La anterior doctrina resulta rigurosamente aplicable al caso, habida cuenta de que los órganos judiciales decidieron justamente sobre la pretensión ejercitada y lo hicieron con base en preceptos constitucionales y legales de evidente aplicación al caso. Los propios demandantes afirman en su demanda que “es obvio y esta parte no sólo así lo reconoce, sino que entiende que es donde reside el núcleo de la litis, que es el aspecto constitucional de la obligatoriedad de la enseñanza básica (art. 27.4 CE) lo que verdaderamente centra la cuestión a dirimir”. Y ésta es precisamente la cuestión que fue resuelta por los órganos judiciales, que lo hicieron, por cierto, y al contrario de lo que los demandantes alegan, “sin entrar a valorar en este caso” el grado o nivel de conocimientos de los menores con respecto sistema oficial reconocido, elemento que consideraron irrelevante. En consecuencia, la queja no puede prosperar.

4. La cuestión central que plantea este recurso de amparo es la relativa a la vulneración del derecho a la educación (art. 27 CE) que los demandantes imputan a las resoluciones judiciales impugnadas.

a) La fundamentación de la lesión del derecho contenida en la demanda descansa en dos premisas. En primer término, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, sin acudir a la escuela por ellos denominada como “oficial”, se encuentra protegida por el art. 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), sin que, por otra parte, resulte incompatible con los mandatos en virtud de los cuales, de un lado, la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades

fundamentales (art. 27.2 CE), y de otro, la enseñanza básica será obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una “laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes”, de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de “haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos”, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar.

b) Antes de comprobar si la lesión aducida se ha producido o no efectivamente, es preciso realizar, con carácter preliminar, las dos observaciones siguientes. Ante todo, el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican puntualmente al supuesto de autos. En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el art. 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del art. 27.4 CE, “incluye diez años de escolaridad”, de tal manera que se “iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis” [apartado 2; en el mismo sentido, cfr. el vigente art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal -integrado, además, en la patria potestad- que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase.

c) Una vez dicho esto, ha de precisarse a continuación que el examen de la queja aducida por los recurrentes conduce, en atención a lo que se acaba de señalar, a la necesidad de comprobar si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, a cuyo cumplimiento sirven en el caso de autos las resoluciones judiciales impugnadas, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados, resultando entonces procedente, a la vista del resultado que arroje ese examen, bien la desestimación del presente recurso de amparo, en caso de alcanzar una respuesta afirmativa, o bien la elevación de la cuestión al Pleno (art. 55.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), en el supuesto de que llegáramos a otra de signo contrario.

5. Así formulado el problema constitucional que plantea el presente recurso, podemos adelantar ya que el amparo ha de ser rechazado por dos razones, siendo la primera de ellas la de que la invocada facultad de los padres de elegir para sus

hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce.

a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales. En lo que respecta a la enseñanza que se desarrolla al margen de este último, las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar. Por lo que atañe a la enseñanza básica, la libertad de enseñanza de los padres encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE). La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el art. 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.

b) La facultad invocada por los recurrentes tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. Efectivamente, en lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, ese derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que, pese a la apodíctica afirmación realizada en tal sentido por los recurrentes, no se ve comprometido en el presente supuesto, en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al “fracaso escolar de la 'enseñanza oficial'” e imputadas a la “asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados”. Más allá de este doble contenido, el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado.

6. El primero de los dos motivos de desestimación anunciados reside, pues, en que la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales invocados por los recurrentes conduce, de acuerdo con la doctrina constitucional

vertida hasta la fecha, a negar que la imposición del deber de escolarización a través del art. 9 LOCE, cuya efectividad ha hecho valer la jurisdicción a través de las resoluciones impugnadas en este recurso, llegue a tener relevancia constitucional. Frente a las alegaciones realizadas por los recurrentes en su escrito de demanda, esta conclusión se ve apoyada por una interpretación del art. 27 CE “de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” (art. 10.2 CE).

a) Es cierto, por un lado, que el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce genéricamente el “derecho preferente” de los padres a “escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”, pero esta formulación no debe entenderse en el marco del art. 26 de la Declaración como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que la “instrucción elemental será obligatoria”.

b) La conclusión acerca del alcance del art. 27 CE alcanzada en el fundamento jurídico anterior se corresponde con una interpretación sistemática de este precepto en relación con otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 18.4 reconoce “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a “escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas ... y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

c) A la misma conclusión se llega en atención al art. 2 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (cfr., entre otros, caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1976).

d) Finalmente, a pesar de que en su art. 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el “derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”, esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del

Protocolo Adicional al CEDH”, sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genérica de los derechos por ella reconocidos.

7. Además de por esta razón, el amparo solicitado debe desestimarse por un segundo motivo: incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos propios se entendiera en el caso de autos motivada por razones de orden moral o religioso y, en esa medida, encontrara acomodo en el contenido en principio protegido por el art. 27.3 CE, que es la disposición constitucional a la que los recurrentes adscriben principalmente la posición jurídica que invocan, la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido.

a) El art. 27.4 CE dispone que la enseñanza básica será obligatoria, pero no precisa que ésta deba configurarse necesariamente como un periodo de escolarización obligatoria, de tal manera que la decisión del legislador de imponer a los niños de entre seis y dieciséis años el deber de escolarización en centros docentes homologados -y a sus padres el correlativo de garantizar su satisfacción-, lejos de ser una operación de pura ejecución constitucional, es una de las posibles configuraciones del sistema entre las que aquél puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político. No obstante, esta configuración legislativa se compadece con el mandato en virtud del cual los poderes públicos deben “garantiza[r] el derecho de todos a la educación mediante la programación general de la enseñanza” (art. 27.5 CE), responde a la previsión de que “inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes” (art. 27.8 CE), y, por lo que aquí más interesa, encuentra su justificación en la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación y al sistema diseñado para el desarrollo de la acción en la que ésta consiste, que “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). La educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a

participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE].

b) Este objetivo, complejo y plural, es el que, conforme al art. 27.2 CE, ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación, y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE). Un principio, por lo demás, que no solo opera como directriz que la Constitución impone a los poderes públicos, y muy singularmente al legislador (arts. 27.2, 4, 5 y 8 CE), sino que integra el contenido de la dimensión prestacional del derecho de los niños a la educación (art. 27.1 CE). Incluso en el caso de que la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos pretendiera ampararse en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 27.3 CE, la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 in fine).

8. Además de encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE, la imposición de la escolarización obligatoria no genera una restricción desproporcionada del derecho alegado, tal y como este canon de control de la constitucionalidad de los límites a los derechos fundamentales ha sido interpretado por este Tribunal (recientemente, STC 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 9 y 12 y ss).

a) En primer lugar, los recurrentes no niegan que la configuración de la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en centros docentes homologados represente una medida adecuada o congruente respecto de la satisfacción de la finalidad que le es propia: “[l]a garantía del derecho individual a la educación básica obligatoria y el interés colectivo de que toda persona se forme en el conocimiento y respeto de los principios democráticos y de los derechos fundamentales, legitiman determinadas formas de restricción de la libertad de enseñanza. Por tanto parece que la medida es adecuada”.

b) Por lo que respecta, en segundo término, a la necesidad de la medida, en la demanda se aduce, sin embargo, que la imposición de “la escolarización obligatoria como sinónimo de enseñanza obligatoria no supera el juicio de indispensabilidad”, toda vez que “del análisis de las legislaciones de países de nuestro entorno sociocultural se deduce claramente que existen reglas que permiten conciliar, de mejor manera, los distintos intereses en juego. Medidas que, sin descartar la opción educativa del homeschooling”, o enseñanza en el propio hogar, “establecen controles periódicos sobre la evaluación formativa del

niño así como un seguimiento de los contenidos que se transmiten”. Acaso pudiera convenirse en que esta medida alternativa, consistente en sustituir la obligación de escolarización por el establecimiento de controles administrativos sobre los contenidos de la enseñanza dispensada a los niños en el domicilio y de evaluaciones periódicas de los resultados efectivamente obtenidos desde la perspectiva de su formación, constituye un medio menos restrictivo que la imposición del deber de escolarización de cara a la satisfacción de la finalidad consistente en garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos. Sin embargo, según hemos indicado ésta no es la única finalidad que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización. En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el art. 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el art. 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE. Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden “ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación primaria escolar ... no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos” (caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003).

c) Los recurrentes en amparo también cuestionan que el deber de escolarización en centros educativos oficiales satisfaga el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por entender que “las ventajas que se obtienen con la limitación del derecho [no son] superiores a los inconvenientes que se producen en este caso para los titulares de la libertad de enseñanza”, teniendo en cuenta que en él “los padres, lejos de hacer dejación de sus deberes, se esfuerzan por ofrecer a sus hijos una formación más específica e individualizada”. Este planteamiento también ha de ser rechazado por las tres razones siguientes. En primer lugar, es de observar que la demanda de amparo centra de nuevo el foco de atención exclusivamente en los efectos de la enseñanza proporcionada a sus hijos desde el

punto de vista de la simple transmisión de conocimientos, obviando cualquier consideración acerca del mejor cumplimiento que razonablemente cabe esperar por parte del sistema de escolarización obligatoria de los complejos fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación a la que, por otra parte, los niños tienen derecho de acuerdo con el art. 27.1 CE. En segundo término, el alcance de la restricción operada por la decisión de configurar la enseñanza básica como un periodo de escolarización obligatoria en el contenido protegido por el derecho de los padres reconocido en los arts. 27.1 y 3 CE ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, según se ha advertido ya, no impide a éstos influir en la educación de sus hijos, y ello tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la “escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a 'ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas' (véase, mutatis mutandis, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca, cit., pp. 27-28, apartado 54; Efstratiou v. Grecia, Sentencia de 18 de diciembre de 1996, Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32)” (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504-2003). Pero, sobre todo -y ésta es la tercera de las razones señaladas-, debemos excluir que la restricción de este último derecho resulte manifiestamente excesiva en tanto que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). Efectivamente, era ésta, y no la que representa el incumplimiento del deber legal de escolarizar a sus hijos, la opción constitucional abierta a los recurrentes como vía de plasmación de su distinta orientación educativa, y ello por más que en su articulación debiera garantizarse en todo caso, como no podría ser de otra manera en virtud del art. 27, apartados 2, 5 y 8 CE, el respeto, “[d]entro del marco de los principios constitucionales, [de] los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución y en el art. 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la Ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc.” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8).

9. La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un periodo de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), e incluso en el caso de que así lo hiciera habría de considerarse una medida proporcionada que encuentra justificación en la satisfacción de otros principios y derechos constitucionales (art. 27.1 y 2 CE). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico como, por ejemplo, la duración del periodo sobre el que ha de proyectarse o las circunstancias excepcionales en las que dicho deber pueda ser dispensado o verse satisfecho mediante un régimen especial. Quiere ello decir que, a la vista del art. 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE). Sin embargo, la de cuáles deban ser los rasgos de esa regulación alternativa del régimen de la enseñanza básica obligatoria para resultar conforme a la Constitución es una cuestión cuyo esclarecimiento en abstracto excede las funciones propias de este Tribunal Constitucional, que no debe erigirse en un legislador positivo.

Procede, por tanto, concluir que la decisión adoptada por el legislador mediante el art. 9 LOCE (cfr. actualmente art. 4.2 LOE), en cuya aplicación al caso concreto se adoptaron las resoluciones judiciales impugnadas en este proceso, resulta constitucionalmente inobjetable, razón por la cual debemos desestimar el presente recurso de amparo.

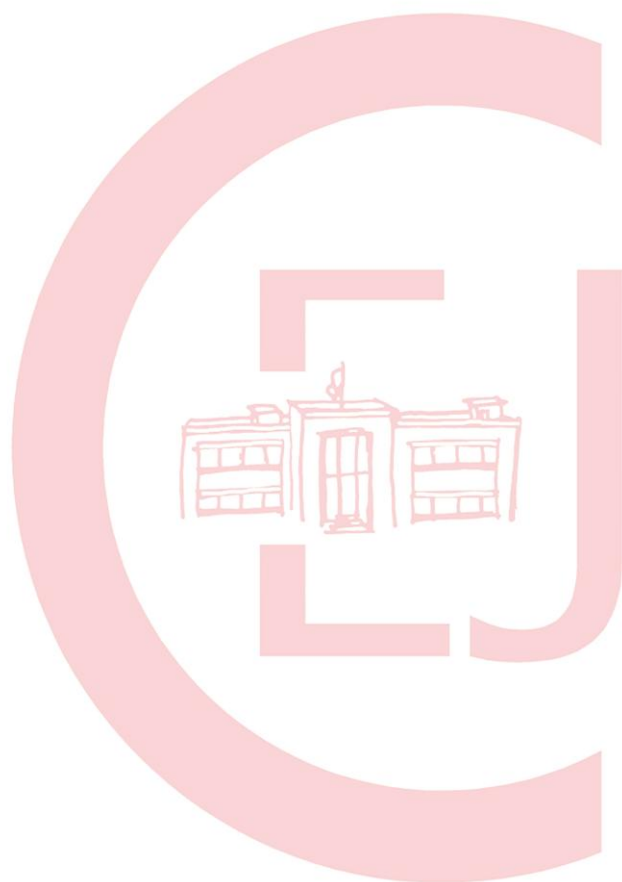
F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Antonio Gómez Linares, doña María Socorro Sánchez Martín, don Florián Macarro Romero y doña Anabelle Gosselint.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.
Dada en Madrid, a dos de diciembre de dos mil diez.



Centro de
Estudios
Jurídicos



Centro de
Estudios
Jurídicos