CONSULTA 4/2005

SOBRE DETERMINADAS CUESTIONES EN TORNO AL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA EN EL PROCESO PENAL DE MENORES.

I

La Fiscalía consultante plantea dos cuestiones relacionadas que abordan aspectos peculiares de la asistencia letrada en el proceso penal de menores.

Ambas deben resolverse teniendo muy presentes la relevancia que, en general, el derecho de defensa tiene en nuestro ordenamiento procesal penal, y las peculiaridades inherentes al proceso de menores, en las que el interés superior del menor y la posibilidad de salidas alternativas al propio proceso, en armonía con la necesaria salvaguarda de las garantías procesales se configuran como bases del sistema y principios rectores de la actuación del Ministerio Fiscal.

Debe igualmente partirse de lo dispuesto en el art. 546 LOPJ que dispone que es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.

Consciente de esta obligación, que también dentro de sus competencias corresponde garantizar al Ministerio Público, la Fiscalía General del Estado en su reciente Instrucción 8/2004, con cita de las SSTS 2320/1993 y 851/1993 consideraba al derecho de defensa como un derecho sagrado, quizás el más sagrado de todos los derechos en la justicia.

La relevancia del derecho de defensa ha sido también realzada por la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 130/2003, de 30 de junio, 101/2002, de 6 de mayo, 217/2000, de 18 de septiembre y 71/1999, de 26 de abril, entre otras)

II

La primera cuestión versa sobre si es renunciable por los menores denunciados y sus representantes legales el derecho a la asistencia letrada en fase policial y en fase de las Diligencias Preliminares del Ministerio Fiscal cuando los hechos sean constitutivos de falta y no medie detención.

II.1

La cuestión así planteada requiere despejar algunas dudas previas. En primer lugar, debe tratar de clarificarse la trascendencia de la calificación *prima facie* de los hechos como delito o falta.

A este respecto debe partirse de que la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora de la responsabilidad penal de los menores* (en adelante LORPM) no da en principio trascendencia procesal a la calificación de los hechos como delito o falta. Esto es, no hay un procedimiento equivalente al juicio de faltas en la jurisdicción de menores.

En efecto, el art. 1.1 LORPM dispone, al regular el ámbito de la Ley, que la misma se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. En su articulado, la LORPM solamente contempla un procedimiento común, al que le es aplicable supletoriamente la LECrim y en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado (vid. Disposición final primera).

No obstante, la calificación de los hechos como falta puede arrastrar algunas consecuencias, tanto sustantivas como procesales.

Así, desde el punto de vista procesal, el art. 4 (cuya entrada en vigor permanece suspendida), al regular el régimen de los mayores de dieciocho años prevé la posibilidad, con determinados requisitos, de que se aplique la LORPM a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno cuando se les impute una falta, pero también cuando la causa verse sobre un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas ni grave peligro para la vida o la integridad física de las mismas.

Por su parte, el art. 18 permite al Fiscal desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan falta, si bien también admite esa posibilidad cuando los hechos sean delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas.

Igualmente el art. 19 al regular el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima lo limita a hechos que constituyan delito menos grave o falta. Esta misma limitación se establece por remisión en el art. 27.4 al determinar los requisitos necesarios para el sobreseimiento por haber sido expresado suficientemente el reproche o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención por el tiempo transcurrido.

En definitiva, aunque no se establece en la Ley un tratamiento procesal específico para las faltas, sí se atisban especialidades en atención a la levedad de los hechos, aplicables no solo a las faltas sino también a los delitos menos graves en unos casos y a ciertos delitos menos graves en otros.

II.2

En relación con la asistencia letrada, el art. 22.1.b) LORPM reconoce al menor el derecho, desde el mismo momento de la incoación del expediente a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio.

Como ya referíamos en la Consulta 2/2005, pese al tenor literal del art. 22.1, que proclama un listado de derechos "*desde el momento mismo de la incoación del expediente"*, el reconocimiento de alguno de los derechos que el precepto incluye a continuación no tiene sentido a menos que se parta de una interpretación amplia del momento en que pueden ejercitarse, que incluya también la fase policial. Por ello debe seguirse la línea exegética que entiende que cuando el art. 22.1 se refiere a la incoación del expediente lo hace en sentido amplio.

Por consiguiente, una primera duda debe quedar zanjada: el menor tiene derecho, desde las primeras actuaciones, en fase policial y ante el Fiscal, a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio, esté o no detenido, y ya se sigan las actuaciones por delito o por falta.

Debe ahora analizarse desde qué momento procesal la asistencia letrada se torna en imperativa y correlativamente ese derecho deviene irrenunciable.

El propio art. 22 en su apartado 2º dispone que el expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación. 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 apartado 2º del art. 22 ya se está refiriendo a la incoación formal de expediente, estableciendo de modo indubitado ese momento procesal como generador de la asistencia letrada imperativa, sin que se prevea a tales efectos ningún tratamiento procesal específico para las faltas. La LORPM en materia de defensa letrada es, por tanto, mas garantista que la LECrim, pues aun en causas por falta exige que el menor esté asistido de Letrado, al menos una vez incoado el expediente.

Una segunda cuestión ha de entenderse, pues, zanjada: una vez incoado formalmente el expediente, deben iniciarse los trámites para que el menor esté imperativamente asistido de Letrado.

Trata también de la asistencia letrada, en su modalidad de asistencia al menor detenido el art. 17, al reconocerle los derechos del art. 520 LECrim y al determinar que *toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado.*

De estos dos preceptos -arts. 22.2 y 17 LORPM- cabría extraer la conclusión de que hasta tanto no se haya incoado formalmente expediente de menores, a salvo los supuestos de detención, no es preceptivo que el menor esté asistido de Letrado, aunque tenga derecho a ello desde el primer momento, aún antes de la incoación del expediente.

Sin embargo, la falta de una expresa regulación de la asistencia letrada al menor en las fases previas al expediente no puede, sin más, llevarnos a tal conclusión.

Hemos de abordar pues una tercera cuestión, que sería la relativa a si existen supuestos en los que antes de la incoación formal de expediente la asistencia letrada deviene imperativa aunque no exista situación de detención.

Como referíamos en la Consulta 3/2004, la parquedad de las disposiciones de la LORPM hace que su integración con la regulación de la LECrim haya de realizarse con frecuencia para colmar lagunas. A diferencia de la materia a la que se refería la referida Consulta, en el supuesto ahora analizado tal integración puede y debe hacerse, pues de la misma van a derivarse un *plus* de derechos para el menor no expresamente previstos en la LORPM.

II.3

En efecto, el art. 767 LECrim dispone que desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

Este precepto fue añadido por el art. 1 de la Ley 38/2002, de 24 octubre. Por tanto, en el procedimiento abreviado, la asistencia letrada se configura como necesaria no desde la detención sino *desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada.*

El art. 767 LECrim debe ponerse en conexión con el art. 5 EOMF, en su redacción dada por el art. único tres de la Ley 14/2003 de 26 mayo, que al regular las Diligencias de investigación del Fiscal dispone que el mismo recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de Letrado.

Estas novedades legislativas responden a la *ratio* común de procurar al imputado el ejercicio del derecho a la defensa técnica desde el primer momento, fortaleciendo su círculo de garantías.

La preceptiva asistencia letrada, empero, solo es predicable, como expresamente refiere el art. 767 LECrim desde la imputación de un delito, y *a contrario*, no lo es cuando lo que se impute sea una simple falta.

Por lo demás, el TC ha admitido el carácter no preceptivo de la intervención de Abogado en el juicio de faltas sin perjuicio de la facultad de los intervinientes para elegir entre la autodefensa o la defensa técnica (SSTC 212/1998, de 27 de octubre, 30/89 de 7 de febrero y 208/92 de 30 de noviembre, AATC 314/1985 de 8 mayo y 851/1986 de 22 octubre, entre otras)

El art. 5 EOMF no distingue a la hora de imponer la asistencia letrada si lo que se investiga es un delito o una falta. Sin embargo, sería absurdo llegar a la conclusión de la obligatoriedad de la asistencia letrada en el ciertamente hipotético supuesto de que el Fiscal citara en el curso de unas Diligencias Informativas a un sospechoso de haber cometido una falta. En efecto, si en tal caso se confirman los indicios de que se ha cometido una falta, las Diligencias del Fiscal, tras su judicialización, desembocarían en un juicio de faltas, en el que tal asistencia sería meramente facultativa. No tendría sentido exigir asistencia Letrada obligatoria en una diligencia preparatoria y no imponerla en el acto procesal central.

Por tanto, una interpretación sistemática nos lleva también a la conclusión de que durante la investigación del Fiscal solo si al sospechoso que va a declarar se le imputa un delito habrá de proveérsele necesariamente de Letrado. El art. 5 EOMF está pensado para el supuesto ordinario de una investigación de un delito y no, desde luego en el extraordinario e incluso extravagante de una investigación sobre un hecho constitutivo de falta.

La misma exégesis cabría hacer de lo dispuesto en el art. 773.2 LECrim cuando, al regular las Diligencias de Investigación establece que *el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos*

establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

En consecuencia, también en el ámbito del proceso penal de menores, en las declaraciones que los mismos deban prestar bien ante la Policía, bien ante el Fiscal, aun antes de la incoación de expediente, habrán de estar imperativamente asistidos de Letrado, siempre que se les impute un delito, por aplicación supletoria del régimen de la LECrim. Por los mismos fundamentos, si lo que se le imputa al menor es una falta, en las fases previas a la incoación del expediente no será necesaria tal asistencia.

Cabría entender que esta última conclusión, no sería asumible para el procedimiento de menores, en el que como reseñamos *supra* no hay más que un procedimiento y para las faltas no hay más especialidades procesales que las expresamente reseñadas por la ley, especialidades compartidas por lo demás con ciertos delitos menos graves.

Sin embargo, una interpretación sistemática y teleológica nos debe llevar a rechazar esta conclusión maximalista. La aplicación supletoria de la LECrim, eleva el nivel de garantías pero solo en relación con la necesidad de asistencia letrada al menor no detenido por hechos constitutivos de delito antes de la incoación del Expediente. Por contra, en las mismas circunstancias ante hechos constitutivos de falta, la asistencia no puede entenderse como necesaria, pues ni la LORPM ni la LECrim la establecen con tal carácter, sino simplemente como facultativa, conforme a lo dispuesto en el art. 22.1.b) LORPM.

En definitiva, la respuesta a la cuestión de si este derecho es renunciable en causas por falta, a la vista de la anterior conclusión debe ser claramente positiva.

II.4

Como argumento *a fortiori*, las peculiaridades de orden sustantivo aplicables expresamente a las faltas en el sistema de la LORPM harían desproporcionado configurar antes de la incoación del expediente el derecho de asistencia letrada como un derecho irrenunciable. En efecto, además de las amplísimas posibilidades de que el procedimiento concluya sin audiencia ni sentencia (bien por el ejercicio de la facultad de desistimiento, bien por la consecución de una reparación extrajudicial -alternativas ambas especialmente aconsejadas para hechos leves-), si el expediente alcanza la fase de audiencia, el art. 9.1 LORPM, dedicado a las reglas para la aplicación de las medidas, dispone que cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las de amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas.

En esta misma línea de autolimitación en las respuestas previstas por nuestro Derecho Penal Juvenil a esta criminalidad venial, el art. 10 LORPM establece que los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben cuando se trate de una falta en el breve plazo de tres meses.

III

La segunda cuestión planteada se refiere a si es preceptiva la intervención de Letrado del Turno de oficio especialista de menores en estas fases preprocesales por hechos constitutivos de falta, cuando todavía no se ha incoado el Expediente y se trate de no detenidos, o por el contrario, puede actuar un Letrado del turno de oficio ordinario.

Tal cuestión debe ser matizada por la respuesta dada a la anterior, teniendo en cuenta en todo caso la no obligatoriedad de tal asistencia. La cuestión se concretaría pues, partiendo de que el menor o sus representantes legales pueden aún en estos casos solicitar la asistencia de Letrado designado de oficio, en si la designación debe recaer necesariamente en uno del turno de especialistas.

III.1

La necesidad de especialización aparece recogida en los principales instrumentos internacionales sobre la materia, y así se plasma en el apartado III. 9 de la Recomendación Nº R 87 (20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1987 y en los art. 12 y 22 de las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las NNUU para la Administración de Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985).

La finalidad última perseguida por este peculiar principio es la de que los asuntos penales en los que estén implicados menores de edad sean investigados, instruidos, enjuiciados y ejecutados por expertos en el ámbito de la infancia y adolescencia y en Derecho de menores, de forma que se utilicen parámetros distintos teniendo en cuenta que los destinatarios de estas normas son seres en formación y por ello, durante todas las fases del procedimiento, deben recibir un trato diferente al que reciben los adultos.

El Anteproyecto de Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor de 27 de abril de 1995, en su art. 46 ya establecía este *desideratum* respecto del abogado del menor. La LORPM avanza en este principio, exigiendo especialización no solamente al abogado sino también al Juez, al Fiscal, y a la Policía.

La Disposición final cuarta, bajo la rúbrica Especialización de Jueces, Fiscales y abogados, dispone en su apartado 3º que el Consejo General de la

Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos Letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta Jurisdicción.

La Comisión de Formación del Consejo General de la Abogacía mediante Acuerdo de fecha 28 de abril de 2000, refrendado por la Comisión Permanente el 25 de mayo de 2000, adoptó el contenido mínimo para la homologación de los cursos de especialización.

La misma Disposición en su apartado primero también dispone que el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas, procederá a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de las Audiencias Provinciales y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos.

En consecuencia, tanto para los miembros de la Judicatura como de la Fiscalía la especialización se torna criterio para asignar preferentemente las plazas de la jurisdicción de menores, pero sin configurar tal requisito como imprescindible para el ejercicio de la función.

En este mismo sentido, en las demarcaciones en las que no exista un servicio de guardia propio de los Juzgados de Menores, el Juez de Instrucción (no especialista) es el sustituto del Juez de Menores fuera de las horas de audiencia (art. 42.3 del Reglamento del CGPJ 1/2005, de 15 de septiembre, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales*).

Por lo que a los Fiscales se refiere, la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, de modificación del Estatuto de 1981 desarrolla esta declaración general. El nuevo art. 18.1 EOMF dispone en su párrafo segundo que en la Fiscalía de la AN y en cada Fiscalía de los TSJ y de las AP existirá una Sección de Menores, a la que se encomendará las funciones atribuidas por la LORPM, añadiendo que a ella *serán adscritos Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias*.

La especialización de los Fiscales dedicados a intervenir en el proceso penal de menores no debe confundirse con la exclusividad en el desempeño de esta función, pues pueden realizar otros cometidos. A la inversa, los demás Fiscales de la plantilla no integrados en la Sección de menores también podrán intervenir eventualmente en este ámbito. La Instrucción 2/2000 de la Fiscalía General del Estado declara que “la asignación al Servicio de Menores no impedirá que el Fiscal Jefe les atribuya otras funciones, lo que a la inversa también podrá ocurrir con los restantes fiscales de la plantilla".

Por lo demás, la especialización, conforme al propio art. 18.1 EOMF, se regula desde una perspectiva flexible, ya que se acredita por razón de anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados, o por cualquier otra circunstancia análoga.

III.2

La especialización se configura así como un *desideratum.* Sin pretender minimizar la importancia de este principio, el legislador, consciente de las

dificultades -por no decir los obstáculos insalvables- para una exigencia incondicional de tal requisito *ex nihilo*, la configura como un criterio de preferencia para desempeñar los correspondientes cargos de Jueces y de Fiscales, pero no como una *conditio sine quae non.*

Con mayor motivo estas pautas flexibilizadoras habrán de aplicarse a los Abogados intervinientes ante la Jurisdicción de menores.

Desde luego, la exigencia de especialización que se impone a los abogados estará en todo caso subordinada al derecho a la libre elección del Letrado, lo que en definitiva supone que ningún obstáculo existirá para que la defensa del menor la asuma por elección de éste, asistido de sus representantes, cualquier abogado colegiado aun cuando no pueda acreditar especialización en menores. Idéntico principio habrá de aplicarse a la elección de Letrado como director de la acusación particular regulada en el art. 25 LORPM.

Por lo demás, la necesidad de asistencia letrada especializada a un menor cuando ha sido imputado de una simple falta en un procedimiento en el que aún no se ha acordado la incoación del expediente se relativiza aún mas si se tienen en cuenta no ya las limitadas consecuencias que en forma de potenciales medidas pueden llegar a imponerse, sino también las muchas posibilidades de que ni siquiera llegue a incoarse expediente de menores habida cuenta de la alta probabilidad de que -aún disponiendo de elementos de prueba- el Fiscal, ante infracciones veniales, haga uso del principio de oportunidad previsto en el art. 18 LORPM.

Por otra parte, cuando aún no se ha incoado expediente, las especialidades sustantivas y procesales son mínimas, siendo correlativamente menor la necesidad en el Letrado de conocimientos especiales en la materia.

Así, conforme al art. 22.2 LORPM el Secretario del Juzgado de Menores nombra al menor Letrado de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados *una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente* y si el menor y sus representantes legales no lo nombran por sí.

Por tanto, el nombramiento imperativo de Letrado integrado en el turno de especialistas se anuda a dos requisitos conjuntos: que se haya incoado expediente y que no haya existido designación voluntaria de Letrado.

Sensu contrario, si no se ha incoado expediente, como ocurre en el caso analizado, la intervención de Letrado integrante del turno de especialistas no es preceptiva, estando subordinada a las facultades autoorganizativas de los Colegios, sin perjuicio de subrayar, no obstante, su conveniencia.

IV

Pueden de conformidad con los razonamientos expuestos *supra,* sentarse las siguientes conclusiones:

1º El menor al que se impute una falta y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores sin estar detenido y sin que se haya incoado formalmente aún expediente de menores puede, asistido de sus representantes legales renunciar al derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio.

2º En todo caso, si en estos supuestos se solicita la asistencia en las fases preprocesales por el Turno de oficio será competencia del correspondiente Colegio de Abogados designar el concreto Letrado que ha de prestarla, de acuerdo con sus normas internas de funcionamiento. No habiéndose constituido el turno de oficio de

especialistas o si pese a haberse constituido, no está operativo por los motivos que sean, podrá prestar asistencia con carácter general el Letrado del turno de oficio que determine el Colegio.

3º Una vez incoado expediente de menores, la asistencia Letrada es imperativa, aunque los hechos sean constitutivos de mera falta. Si la designación tiene lugar por el turno de oficio, habrá de darse preferencia a los Letrados especialistas, conforme a las disposiciones del Colegio.

4º El menor al que se impute un delito y sea llamado a declarar por la Policía o por el Fiscal de Menores ha de estar necesariamente asistido por Letrado, aunque no esté detenido y aunque no se haya incoado aún expediente de menores.

Madrid, 7 de diciembre de 2005

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS./ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.