



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

DICTAMEN 4/2016, sobre la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LORPM

I.-PLANTEAMIENTO II.-INTERPRETACIÓN DEL ART. 23.3 LORPM: OBLIGACIÓN LEGAL DE EJECUTAR JUDICIALMENTE LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS III.- NECESIDAD DE DOCUMENTACIÓN Y ADVERACIÓN POR EL SECRETARIO JUDICIAL (LAJ). DIFERENCIAS ENTRE PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE LOS ACTOS DEL FISCAL (ART. 5.2 EOMF) Y FE PÚBLICA JUDICIAL (ART. 453.1 LOPJ) IV.-PRÁCTICA DE DILIGENCIAS LIMITATIVAS DE DERECHOS POR EL JUZGADO Y DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL V.- RECURSOS VI.-CONCLUSIONES

I.-PLANTEAMIENTO

La LO 5/2000 configura, durante la fase de investigación, un modelo basado en la figura de un Fiscal instructor y un Juez de Menores que, en ese momento procedimental, adopta un rol de puro “Juez de garantías”, ajeno por completo a la labor instructora, pues interviene únicamente cuando el Fiscal le solicita medidas cautelares (art. 28 LORPM); la declaración de secreto del expediente (art. 24 LORPM); y la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (art.23.3 LORPM).

De las diligencias a practicar por el Fiscal hay que excluir igualmente, aunque la LORPM no la mencione, la prueba anticipada, por la necesidad de intermediación judicial en su producción, aplicando supletoriamente los arts. 448 y 449 de la LECrim, tal como se preveía en la Circular 1/2000 de la FGE.

Centrándonos en las diligencias restrictivas de derechos fundamentales la única que puede acordar y ejecutar el Fiscal por sí es la detención, por aplicación del art. 5.2 del EOMF, que le habilita para “ordenar la detención preventiva”.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Fuera del caso de la detención, para la práctica de las demás diligencias restrictivas de derechos, el Fiscal debe acudir al Juez de Menores, conforme al art. 23.3 LORPM, cuya intervención en estos casos se justifica, como indica la Circular 1/2000: *por la necesidad de dispensar una tutela efectiva de los derechos fundamentales cuya restricción se halla constitucionalmente condicionada a la previa autorización judicial: la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución) y la integridad e intimidad personal en ciertas actuaciones de exploración corporal (arts. 15 y 18.1 de la Constitución).*

Con carácter general no se ha cuestionado que, una vez librada la autorización judicial, la ulterior práctica y documentación de tales diligencias restrictivas de derechos es tarea que incumbe exclusivamente al Juzgado, con independencia de su conocimiento por parte del Fiscal y de la intervención que éste pudiera estimar procedente en cada caso concreto.

No obstante, por parte de esta Unidad se tiene noticia desde hace tiempo de negativas o reticencias puntuales por parte de algunos Juzgados, y más en concreto de algunos Secretarios Judiciales (actualmente Letrados de la Administración de Justicia) a intervenir, por ejemplo, en entradas y registros, al libramiento de oficios a la Policía para acceder al contenido de teléfonos móviles, o al cotejo y adveración de las conversaciones transcritas por la policía en intervenciones telefónicas. En tales casos los reparos se han pretendido fundar en que, una vez otorgada la autorización judicial, a quien corresponde practicar tales diligencias es al Fiscal, dada su condición de “instructor”.

Incluso se tiene constancia, desde otro punto de vista y a nivel doctrinal, que algún Fiscal ha llegado a sostener también que la ejecución de esas diligencias corresponde al Ministerio Fiscal y no al Juez autorizante, quien debería



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

abstenerse de su realización material, argumentando que, en otro caso, su imparcialidad quedaría comprometida a la hora de juzgar.

Las situaciones y discrepancias referidas, aun siendo minoritarias, aconsejan un pronunciamiento desde esta Unidad, en cumplimiento de las funciones de dirección y unificación de criterios atribuidas en la Instrucción 3/2008, *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores*.

II.-INTERPRETACIÓN DEL ART. 23.3 LORPM: OBLIGACIÓN LEGAL DE EJECUTAR JUDICIALMENTE LAS DILIGENCIAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

La única alusión a esta materia en la LORPM es la contenida en el mentado art. 23.3, cuyo tenor literal es el siguiente: *el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.*

En consonancia con ese precepto, el art. 2.2, párrafo segundo, del RD 1774/2004, de 30 de julio (Reglamento de la LORPM) prevé, respecto a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, *salvo la detención, toda diligencia policial restrictiva de derechos fundamentales será interesada al Ministerio Fiscal para que, por su conducto, se realice la oportuna solicitud al juez de menores competente.*

La LO 4/1992 de reforma del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, inmediato antecedente legislativo de la LO 5/2000, atribuyó por primera vez la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal en la jurisdicción de menores, pero estableciendo el deber que tenía el Fiscal de *solicitar*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

del Juzgado de Menores la práctica de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo (art.15.2 LTTM), como salvedad a sus facultades instructoras.

Con carácter general, el EOMF (art. 5.2) cuando alude a las facultades investigadoras del MF, en el marco de los procesos penales, *deja sentado que puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos.*

El tenor literal de los preceptos transcritos, resulta significativo por el empleo reiterado de la palabra “práctica”.

Ese término gramatical “práctica”, usado en el art. 23.3 LORPM (y en su antecedente, el art. 15.2 del TRLTTM), deriva del verbo “practicar” que, conforme al Diccionario de la RAE, significa: “ejercitar, poner en práctica una cosa” y “ejecutar, hacer, llevar a cabo”.

La literalidad de la norma nos lleva a una primera conclusión: el legislador ha querido vedar al Fiscal no sólo la adopción de diligencias restrictivas de derechos, sino su “práctica” ulterior, que reserva en exclusiva al Juzgado.

El texto del art. 23.3 LORPM puntualiza, a continuación, que el Juez de Menores resolverá sobre la petición de diligencias por parte del Fiscal mediante “auto motivado”. Pero de esta última aseveración no cabe inferir que el Fiscal, a partir de dicha resolución, pueda llevar a efecto por sí tales diligencias, pues el artículo previamente deja sentado que su “práctica” compete al Juzgado.

La mención al “Juzgado”, por otra parte, es acorde con semejante interpretación, pues abarca no sólo al Juez, sino al Secretario Judicial (LAJ) y



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

personal auxiliar encargados de documentar y tramitar las diligencias adoptadas por el Juez.

Las consideraciones anteriores quedan reforzadas atendiendo al inciso final del art. 23.3 LORPM, donde se dice que *la práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada*. De nuevo se vuelve a emplear el término “práctica”, referido a una pieza que ha de abrirse en el propio Juzgado para documentar la realización de las diligencias acordadas y las incidencias que puedan surgir durante su desarrollo.

Si el legislador hubiera querido que el Juez de Menores se limitara a autorizar las diligencias restrictivas de derechos fundamentales y que luego éstas fueran realizadas por el Fiscal, la redacción, desde luego, hubiera sido otra bien distinta, sin alusiones al Juzgado, ni a su práctica, ni a la documentación de la misma en una pieza separada del propio Juzgado.

Esta interpretación gramatical de las normas citadas (*in claris non fit interpretatio*), resulta plenamente congruente con la hermenéutica que se puede extraer desde un punto de vista finalista o teleológico.

Resulta artificioso, por incongruente, pretender sostener que la función del Juez de Menores, como garante de los derechos fundamentales en fase de instrucción, se limita a dictar una resolución motivada autorizando la diligencia restrictiva de derechos, para después desentenderse de todo lo relativo a su ejecución.

Semejante interpretación iría en detrimento del derecho a la defensa y tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues supondría dejar en manos de la parte que ha de sostener la acusación –el Fiscal- la producción y documentación de esas



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

diligencias, sin que sea suficiente para colmar tales exigencias el simple dictado de un previo auto judicial.

La tutela de los derechos fundamentales, cuya restricción constitucional se subordina a un mandato judicial, no se agota en el auto habilitante, sino que el control jurisdiccional debe extenderse a su realización, mientras persista la limitación del derecho.

Sin ese conocimiento posterior, por parte del Juez, cabría preguntarse cómo podría resolver, en su caso, sobre las eventuales prórrogas que podría solicitarle el Fiscal de determinadas intervenciones limitativas de derechos, como la de comunicaciones postales y telegráficas (art. 579.2 LECrim); la de interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 bis e.2 LECrim); o el registro remoto sobre equipos informáticos (art. 588 septies c LECrim).

Bien entendido que para acordar la prórroga de unas escuchas no se impone al Juez la audición de las ya efectuadas. Pero sí que al menos haya podido valorar a través del informe policial los resultados de las practicadas hasta ese momento y sus vicisitudes en cuanto a datos esenciales, pudiendo solicitar explicaciones, aclaraciones o concreciones (vid. SSTC 82/2002, de 22 de abril, 205/2005, de 13 de Julio, 26/2010 de 27 de abril; o SSTS 205/2005, de 18 de julio 239/2006, de 17 de julio, 485/2012, de 12 de junio, 1077/2012, de 28 de diciembre, o 714/2016, de 14 de setiembre entre otras muchas).

En conclusión, el Juzgado de Menores ostenta jurisdicción plena respecto a la adopción, control y ejecución de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales del art. 23.3 LORPM, cuyas incidencias deberán documentarse por el propio Juzgado en la pieza separada a que alude ese mismo precepto.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Aunque carezca de potestad para acordar o ejecutar tales diligencias, el Fiscal, en cuanto instructor del expediente, deberá tener, en todo caso, cumplido conocimiento de su realización, a partir del testimonio de la pieza que le remita el Juzgado, sin perjuicio de las comunicaciones policiales que directamente pueda recibir durante el curso de las intervenciones (vgr. interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas) y de las que dará traslado al Juez.

Lo anterior no es óbice para que el Fiscal, según las circunstancias de cada asunto, pueda estimar procedente participar en el desarrollo de determinadas diligencias. Bien puede servir, como ejemplo, que un Fiscal acuda, como instructor del procedimiento y si lo estima útil a los fines de la investigación, a la realización de una entrada y registro, con la preceptiva presencia, en cualquier caso, del Secretario Judicial (569 LECrim), que será quien extienda el acta correspondiente.

III.- NECESIDAD DE DOCUMENTACIÓN Y ADVERACIÓN POR EL SECRETARIO JUDICIAL (LAJ). DIFERENCIAS ENTRE PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD DE LOS ACTOS DEL FISCAL (ART. 5.2 EOMF) Y FE PÚBLICA JUDICIAL (ART. 453.1 LOPJ)

La última referencia del epígrafe anterior conecta directamente con otro problema: el de la necesidad de adveración y documentación de la mayor parte de tales diligencias, que corresponde inexcusablemente al Secretario del Juzgado (LAJ).

Como se indicaba al inicio, al plantear la cuestión objeto del presente Dictamen, siquiera de modo aislado, consta que algunos Secretarios Judiciales han puesto objeciones, de mayor o menor intensidad, a acudir a alguna diligencia de entrada y registro; al cotejo de transcripciones policiales de intervenciones



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

telefónicas...

En tales casos se ha esgrimido, por esos Secretarios, que dichas funciones incumbían al Fiscal como “instructor”, llegando incluso -en alguna ocasión- a aducir que las diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal, al gozar de presunción de autenticidad (art. 5.2, párrafo segundo del EOMF), no precisaban la cobertura de la fe pública judicial del Secretario.

Debe deslindarse, por tanto, para empezar, entre el valor y significado que tiene la presunción de autenticidad de los actos del Fiscal, y la fe pública judicial atribuida a los Secretarios Judiciales (LAJ).

El citado art. 5.2 del EOMF dispone, efectivamente, que *todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad.*

La FGE se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la presunción de autenticidad recogida en el Estatuto. La primera de ellas fue en la Circular 1/1989 de la FGE, sobre el procedimiento abreviado de la LO 7/1988; la más reciente en la Circular 3/2014, *sobre las diligencias de investigación*. En el ínterin y dentro de la justicia juvenil, se desarrolla con amplitud en las Instrucciones 2/2000, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías*, y en la 3/2004, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía*.

Ya la Circular 1/1989, tratando el alcance de la presunción de autenticidad consagrada en el art 5 del Estatuto interpreta que “...quiere decir que las diligencias gozan del beneficio de la verdad formal, hace fe de la realización efectiva de las diligencias y que su resultado es el que consta reflejado



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido material, quedando siempre sometido a la apreciación judicial”.

Esa precisión se repite en los mismos o parecidos términos en el resto de las Instrucciones y Circulares citadas, indicando la Circular 3/2014 que esas diligencias “tienen un valor superior a las practicadas por la Policía Judicial en el atestado, aunque no alcanzan el de las practicadas por el Juez de Instrucción asistido del Secretario Judicial”.

En las ocasiones en que se ha planteado en vía casacional el valor de las diligencias del Fiscal y la presunción de autenticidad, la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS coincide completamente con la exégesis de la FGE. El Alto tribunal insiste en otorgarle el valor de “una presunción iuris tantum”, y en la distinción entre el “beneficio de la verdad formal” del que gozan, “pero no de la verdad material, no obligando a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido haciendo prueba plena” (vid. SSTs, Sala 2ª, nº 228/2013, de 22 de marzo y 228/2015, de 21 de abril).

En el ámbito de la jurisdicción de menores se pronunció la STC 206/2003, de 1 de diciembre, otorgando a las actuaciones del MF un valor netamente superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales sin necesidad de intervención de Secretario, recordando que “la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía”, pues “se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art.2.1 EOMF)”. Esas consideraciones junto a la presunción de autenticidad de los actos del Fiscal y su función instructora en el proceso de menores, llevaron al TC a apreciar “la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción”.

Por lo que hace a la fe pública judicial, según el art. 453.1 de la LOPJ su ejercicio *corresponde a los Letrados de la Administración de Justicia, con exclusividad y plenitud.... En el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal mediante las oportunas actas y diligencias.*

En idénticos términos, en cuanto a *exclusividad y plenitud*, se expresa el art. 145.1 de la LEC.

El alcance y trascendencia de la fe pública judicial de los LAJ se comprende mejor tomando en consideración algunos de los cambios legislativos operados en la regulación de determinadas diligencias restrictivas de derechos en la LECrim y en la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS que las interpreta.

Reveladora resulta la posición del legislador respecto a la intervención del Secretario Judicial en las diligencias de entrada y registro.

Si bien el art. 569 LECrim, en su redacción originaria, preveía la presencia del Secretario Judicial en los registros, la LO 10/1992, de 30 de abril, *de Medidas urgentes de reforma procesal*, suprimió esa exigencia, permitiendo que cumpliera su misión un policía judicial o funcionario designado por el Juez.

La experiencia resultó negativa pues se declararon numerosas pruebas ilícitas y nulas, al haberse obtenido en entradas y registros domiciliarios carentes de la fe pública procesal. Eso hizo que el legislador modificase de nuevo el art. 569



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

de la LECrim, por LO 22/1995, de 17 de julio, restableciendo la presencia del Secretario Judicial.

La Exposición de motivos de esta última Ley deja clara la voluntad del legislador al respecto: considera al Secretario como la “garantía procesal de veracidad y legalidad” en los registros. Incluso llega a vincular la recuperación del Secretario a “la recuperación de la credibilidad democrática”, pues “la delegación que hace el Juez en un funcionario de policía es de una función gubernativa y no de una función jurisdiccional, la delegación que se pretende del Secretario lo es de una función esencial del proceso, propia y exclusiva del Secretario, cual es la fe pública procesal, que la hace indelegable porque sería privar al proceso del «plus de garantía» que ha de tener sobre el procedimiento administrativo”.

No menos ilustrativa es la jurisprudencia del TS sobre el valor probatorio de las actas de entrada y registro extendidas por los Secretarios Judiciales.

Es pacífica y reiterada la doctrina de la Sala 2ª del TS que atribuye a la diligencia de entrada y registro domiciliario la condición de prueba preconstituida, de naturaleza documental con plenos efectos en el juicio oral (ver, entre otras muchas, SSTS nº 262/2009, de 17 de marzo y nº 141/2012, de 8 de marzo). Se insiste constantemente en que la intervención de la fe pública judicial, como garante de autenticidad, reviste de certeza lo acontecido en el registro y la realidad de los hallazgos efectuados, así como que la intromisión en el derecho fundamental afectado se realiza dentro de los límites de la resolución judicial (vgr. SSTS nº 1189/2003, de 23 de septiembre y nº 408/2006, de 12 de abril).

La jurisprudencia sobre interceptación de comunicaciones, especialmente telefónicas, concede semejante valor a las diligencias de cotejo que efectúan los



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

LAJ de las transcripciones policiales con las conversaciones contenidas en los soportes entregados en el Juzgado.

La Circular 1/2013, *sobre pautas en relación a la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas*, hace un estudio prolijo de toda la jurisprudencia relativa a las transcripciones (vid. Apdo. 23.-2).

En síntesis, puede resumirse aquí, por lo que hace a la cuestión tratada, que las transcripciones de las cintas, o CDs, sólo constituyen un medio contingente -y por tanto prescindible (STS nº 628/2010, de 1 de julio) que facilita la consulta y constatación de las cintas. No existe ningún precepto que exija la transcripción ni completa ni de los pasajes más relevantes, ahora bien si se utilizan las transcripciones su autenticidad solo valdrá si están debidamente cotejadas bajo la fe del Secretario Judicial (SSTS. Nº 538/2001 de 21 de marzo y nº 650/2000, de 14 de setiembre) que es el depositario de la fe pública judicial y las actas o diligencias que el mismo redacta y firma hacen plena prueba de los elementos objetivos que en ellas se relatan. Lo anterior sin perjuicio de dejar siempre sentado que el material probatorio son en realidad las cintas o CDs grabados y no su transcripción, que solo tiene como misión permitir un más fácil manejo de su contenido. Lo decisivo es que aquellos estén a disposición de las partes para que estas puedan solicitar, previo conocimiento de su contenido, su audición o lectura, total o parcial (SSTS. nº 515/2006 de 4 de abril, nº 1044/2011 de 11 de octubre y nº 912/2016, de 1 de diciembre).

Incluso, las SSTS nº 141/2012 de 8 de marzo y 1151/2010, de 17 de diciembre recuerdan la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (STC nº 26/2010, de 27 de abril) en relación con los efectos del consenso de las partes para la omisión de la lectura de las transcripciones de intervenciones telefónicas a través de la utilización de la fórmula, “por reproducidas”. En resumen, consideran

**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

que para la incorporación al juicio del resultado de las intervenciones telefónicas por vía documental no es requisito imprescindible la lectura de las transcripciones en el acto del juicio, “siendo admisible que se dé por reproducida, siempre que dicha prueba se haya conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción y que tal proceder, en suma, no conlleve una merma del derecho de defensa”. La referida STS nº 141/2012 considera tal doctrina también aplicable a las actas de entrada y registro dada su condición de prueba preconstituida de naturaleza documental.

De todo lo expuesto se infiere, en suma, que en modo alguno puede equipararse la presunción de autenticidad de las diligencias del Fiscal con el valor de la fe pública judicial del Secretario Judicial (LAJ).

La presunción de autenticidad del Fiscal tiene mero carácter de presunción *iuris tantum*, de verdad formal. Eso sirve, como ejemplo más claro, cuando un testigo o imputado, al deponer en juicio, contradice el tenor de lo que hubiera manifestado anteriormente en instrucción ante el Fiscal; en tal caso se pueden incorporar las declaraciones efectuadas en Fiscalía, por vía del art. 714 LECrim, como material probatorio a tener en cuenta por el Juzgador (la ya citada STC 206/2003, de 1 de diciembre).

Pero no gozan del beneficio de la verdad material, su contenido no hace prueba plena, a diferencia de las actas extendidas por el Secretario Judicial en una entrada y registro o en el cotejo de transcripciones policiales de comunicaciones telefónicas. La fe pública judicial, de la que los LAJ son depositarios en exclusiva, hace que tales actas sí tengan atribuido el beneficio de la verdad material sobre el contenido transcrito, con valor de prueba preconstituida de naturaleza documental, con plenos efectos en el juicio oral.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

A mayor abundamiento, aparte de carecer el Fiscal de la fe pública judicial, una vez más debe traerse a colación aquí el derecho de defensa, que se vería menoscabado si la función de levantar tales actas o efectuar esos cotejos correspondieran al Ministerio Fiscal en cuanto parte acusadora en la ulterior fase de audiencia, una vez concluida la instrucción.

En consecuencia, es función de los Secretarios Judiciales (LAJ) diligenciar y documentar todo lo relativo a *las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución* (Título VIII del Libro II, arts. 545 a 588 octies LECrim) que se practiquen en la jurisdicción de menores, dentro de las cuales los supuestos más frecuentes serán las entradas y registros en lugar cerrado; el registro de libros y papeles; cotejo de transcripciones policiales de conversaciones telefónicas; volcado de datos procedentes de equipos de almacenamiento masivo etc.

De todo lo anterior se concluye que el papel trascendental de los LAJ en la documentación y realización de las diligencias restrictivas de derechos, como titulares exclusivos de la fe pública judicial, supone un argumento añadido –y decisivo- para sostener que, en ningún caso, la práctica y ejecución de esas diligencias puede incumbir al Fiscal, sino al Juzgado.

IV.-PRÁCTICA DE DILIGENCIAS LIMITATIVAS DE DERECHOS POR EL JUZGADO Y DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL

Queda por sopesar la trascendencia argumental que pudiera tener una de las razones que, como se indicaba *supra*, se han esbozado doctrinalmente para sostener que el Fiscal debe realizar por sí las diligencias restrictivas de derechos: la posibilidad de que el Juez autorizante, al ejecutar la diligencia, pierda su



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

imparcialidad como juzgador.

Semejante tesis no cuestiona tanto si de la LORPM y sus normas supletorias resulta o no que las diligencias limitativas de derechos las deba practicar el Juzgado, sino que pone el acento en lo que considera una consecuencia problemática que se derivaría de su ejecución judicial: el menoscabo del derecho a un Juez imparcial.

Procede analizar, por tanto, si realmente la práctica de esas diligencias puede comprometer la imparcialidad del Juez y, en caso afirmativo, la postura o soluciones a adoptar.

En una primera aproximación debe decirse, a efectos dialécticos, que el supuesto del art. 23.3 LORPM no es el único contemplado en la LO 5/2000 que podría poner en cuestión la imparcialidad del Juez. Desde la promulgación de la Ley siempre se ha apuntado dogmáticamente como una situación comprometida para la imparcialidad del Juez que la Ley le permita *practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubiesen sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción...*(art. 33 e, en relación al art. 26.1 LORPM). Sin embargo, a pesar de las importantes objeciones doctrinales que se han realizado a propósito del art. 33 e) LORPM, los Juzgados lo han venido aplicando desde hace quince años, sin que ninguno haya cuestionado su constitucionalidad.

También llama la atención que se sostenga que el Juez puede perder su imparcialidad por ejecutar una diligencia restrictiva de derechos, pero no por el hecho de autorizarla. El Juez, antes de acordar una diligencia de esa naturaleza, debe ponderar la previa y motivada petición del Fiscal y, si accede a acordarla, lo hará en auto igualmente motivado, apreciando el conjunto de indicios delictivos que



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

aconsejan su práctica.

Teniendo en cuenta lo anterior, incluso se podría sostener—siempre a nivel teórico- que la autorización de la diligencia bien pudiera comprometer más su imparcialidad que la pura ejecución. Más teniendo en cuenta el escaso papel que tiene en la práctica de esas diligencias el Juez, fuera de su labor jurisdiccional de control. Como se refirió en el epígrafe precedente, la ejecución material y documentación corresponderá al LAJ y el Juez, a título de ejemplo, ni tiene por qué acudir a una entrada y registro, ni es necesario que proceda a la audición de las conversaciones de un terminal telefónico intervenido.

Pero lo cierto es que semejante objeción carece de sustento sólido teniendo en cuenta la doctrina del TC y TS relativa al juez imparcial.

En el ámbito de menores, el TC tuvo oportunidad de pronunciarse antes de la entrada en vigor de la LO 5/2000. Durante la vigencia de la LO 4/1992 se plantearon cuestiones de inconstitucionalidad a propósito tanto de la comparecencia previa del menor ante el Juez prevista en dicha Ley, como de la adopción por el Juez de Menores de la medida de internamiento cautelar. La STC 60/1995, de 17 de marzo, declaró la constitucionalidad del texto, estimando que la medida cautelar adoptada no puede equipararse a los actos de investigación o de instrucción que están encomendados al Ministerio Fiscal, sino que son única y exclusivamente actos limitativos de derechos fundamentales y de carácter jurisdiccional que la CE expresamente reserva a Jueces y Magistrados y no poseen una naturaleza policial o instructora, sino netamente procesal y que se adoptan además, no de oficio, sino a solicitud del Fiscal, preservándose así la imparcialidad del Juzgador.

Dicha doctrina ha mantenido su vigencia y resulta extensible a la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

práctica de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales previstas en el art. 23.3 de la LORPM.

No obstante, esa postura jurisprudencial, en función de circunstancias especiales, puede tener sus matices o excepciones.

Como tal puede citarse únicamente el AAP Sevilla, Sec. 3ª, nº 419/2010, de 21 de junio (“caso Marta del Castillo”), admitiendo la abstención del Juez de Menores nº 3 de Sevilla, al entender que su actividad instructora no era puntual y episódica, limitada al dictado de una medida cautelar, sino que había tenido un contacto con el procedimiento, trascendental y relevante. En ese caso el Juez había dictado hasta once autos y dos providencias (medidas cautelares, declaración de secreto, diversas medidas restrictivas de derechos fundamentales...). La Audiencia de Sevilla entendió que los propios términos empleados en la redacción de esas resoluciones, por el Juez que se abstenía, demostraban que *había tenido que conocer el procedimiento en toda su extensión, valorar y lo que es, sin duda importante y decisivo, formarse antes del dictado de alguna de las resoluciones, un cierto criterio en orden a la resolución del expediente, lo que sin duda le priva de la imparcialidad objetiva exigible.*

Tales pronunciamientos recaídos en la jurisdicción de menores no son sino un reflejo de toda la jurisprudencia constitucional y de la Sala 2ª del TS a propósito del juez imparcial y de la causa de abstención o recusación consignada en el art. 219.11ª de la LOPJ: *haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*

La mayor parte de las sentencias se refieren a casos en que un miembro del tribunal ha conocido de recursos contra autos de prisión; de incoación de procedimiento abreviado; o a propósito de la formulación de preguntas por el



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

presidente del tribunal durante el plenario.

El TC siempre ha matizado que la pérdida de imparcialidad ha de enjuiciarse en atención a las circunstancias del caso concreto y a los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido, huyendo de los apriorismos y los juicios en abstracto o genéricos (SSTC 145/1988, 170/1993, 11/2000, 310/2000, 231/2002, 38/2003, 229/2003, 39/2004, 41/2005, 143/2006, 202/2005, 26/2007, 156/2007 y 36/2008, entre otras). Será imprescindible examinar en cada caso la actividad efectivamente realizada, para determinar si se ha producido o no una vulneración del art. 24.2 CE (ATC 100/1998, 12 de abril)

A propósito del art. 219.11ª LOPJ el TS ha sentado una interpretación no literal, equiparando la expresión "haber participado en la instrucción de la causa penal" con la de haber realizado actuaciones o adoptado decisiones cuya naturaleza pueda calificarse como de "verdadera actividad instructora" (STC nº151/1991), de forma tal que haya supuesto un "contacto con el procedimiento" que pueda inducir a cualquiera de las partes a sospechar razonablemente "que pudiera haberse formado criterio en orden a la resolución del asunto en un determinado sentido" (STS nº 648/2001, de 16 de abril), porque el Tribunal "haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado" (SSTS nº 1494/1999, de 2 de enero de 2000 y nº 1393/2000, 19 de septiembre).

Para el TS, de conformidad con el TEDH, la participación de un Magistrado en fase procesal anterior al juicio, particularmente en la fase de instrucción, es motivo de recusación, sólo si esa participación implica un pronunciamiento sobre los hechos, sobre el autor de los mismos y sobre su culpabilidad que no deje margen para una nueva decisión sin prejuicios sobre el fondo de la causa. Por lo tanto, es necesario comprobar la intensidad del juicio emitido sobre el



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

objeto del proceso (STS 36/06, de 29 de enero).

No procederá la recusación si el Tribunal en sus resoluciones no ha vertido razonamientos que conlleven un juicio anticipado, ni realizado consideraciones que, por su calidad y profundidad en el examen del caso, determinen una pérdida de imparcialidad (STS nº 784/2012, de 5 de octubre)

En lo que respecta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir de la sentencia de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt contra Dinamarca, estableció que la toma por parte del Juez de cualquier decisión previa al enjuiciamiento conectada con la causa no determina la pérdida de su imparcialidad, sino que esto solo se producirá cuando la actividad jurisdiccional previa haya supuesto la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional, lo que ha de enjuiciarse en atención a las “circunstancias del caso” y a los “términos empleados” en el pronunciamiento previamente emitido.

De todo lo anterior se colige que la realización por parte del Juzgado de Menores de alguna diligencia restrictiva de derechos del art. 23.3 LORPM no supone automáticamente la pérdida de imparcialidad del Juez para juzgar la causa, ni motivo de abstención o recusación.

La regla general es que la práctica de tales diligencias no implica *per se* tal consecuencia. Deberá examinarse en cada caso la actividad efectivamente desplegada para determinar si las diligencias practicadas implican una participación directa y relevante del Juez en la investigación, o si de las mismas resulta una toma de postura o la exteriorización de un prejuicio por parte del Juez para resolver en un determinado sentido, con abandono de su posición de neutralidad y pérdida de imparcialidad objetiva.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En los casos excepcionales en que pueda producirse tal circunstancia, al suponer una causa de abstención o recusación del Juez (art. 219.11ª LOPJ), deberán ponerse en marcha los mecanismos legales de sustitución, debiendo enjuiciar el expediente otro Juez distinto, que será el de Menores de la misma provincia (art. 211 LOPJ), y en aquellas provincias donde no hubiese más de uno el Juez que corresponda conforme a los planes de sustitución vigentes en cada demarcación.

V.- RECURSOS

En caso de discrepancia con el Fiscal y en cuanto a eventuales recursos debe ponerse de manifiesto, en primer lugar, que los Letrados de la Administración de Justicia ni pueden decidir sobre la adopción de diligencias restrictivas de derechos, tal como expresa la LORPM, ni tampoco resolver sobre si le corresponde o no ejecutarlas al Juzgado.

No pueden pronunciarse sobre tales cuestiones, que afectan a derechos fundamentales, materia sobre la que los LAJ carecen de competencias decisorias, ya sea en forma de decreto o de diligencia, pues trascienden más allá de las meras facultades de impulso del procedimiento que les atribuye el art. 456 de la LOPJ.

Hay que tomar en consideración al respecto el art. 225.6º de la LEC que declara nulos de pleno derecho los actos procesales *cuando se resolvieran mediante diligencias de ordenación o decreto cuestiones que, conforme a la Ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.*

Supuestos de exceso en las competencias de los LAJ han sido también resueltos por el Tribunal Constitucional, otorgando el amparo solicitado, por suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC nº 208/2015,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

de 5 de octubre, en el ámbito civil; y STC nº 58/2016, de 17 de marzo, en la jurisdicción contenciosa).

Por el contrario, todo lo que afecte a derechos fundamentales es materia legalmente reservada al Juez y las resoluciones judiciales que se dicten revestirán necesariamente forma de autos, tal y como se menciona expresamente en el art. 141, párrafo tercero LECrim, en relación al art. 245.1 b) de la LOPJ.

Contra los autos que dicten los Jueces de Menores en estos casos caben los recursos ordinarios previstos en el art. 41 LORPM, con posibilidad de apelación ante la Audiencia Provincial (vid. Apto. IX.8 Circular 1/2007 FGE).

VI.-CONCLUSIONES

1ª El art. 23.3 de la LORPM, en relación al art. 5.2 del EOMF, impide al Fiscal no sólo acordar diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino también su ejecución ulterior, que queda reservada en exclusiva al Juzgado de Menores.

La tutela de los derechos fundamentales, cuya restricción constitucional se subordina a un mandato judicial, no se agota en el auto habilitante, sino que el control jurisdiccional debe extenderse a su realización, mientras persista la limitación del derecho.

2ª Todas las incidencias que se susciten durante la práctica de tales diligencias deben documentarse por el propio Juzgado de Menores en la pieza separada a que alude el art. 23.3 LORPM.

3ª El Fiscal, en cuanto instructor del expediente, deberá tener, en todo caso, cumplido conocimiento de la realización de dichas diligencias, a partir del



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

testimonio de la pieza que le remita el Juzgado, sin perjuicio de las comunicaciones policiales que directamente pueda recibir durante el curso de las intervenciones (vgr. interceptación de comunicaciones telefónicas o telemáticas) y de las que dará traslado al Juez.

4ª La falta de potestad del Fiscal para acordar o ejecutar diligencias restrictivas de derechos no impide que, en calidad de instructor y si lo estima útil a los fines de la investigación, pueda participar en el desarrollo de determinadas diligencias. Podrá así acudir, por ejemplo, a la realización de una entrada y registro, con la preceptiva presencia, en cualquier caso, del Secretario Judicial (569 LECrim), que será quien extienda el acta correspondiente.

5ª Es función de los Secretarios Judiciales (Letrados de la Administración de Justicia), en cuanto titulares exclusivos de la fe pública judicial (arts. 453.1 LOPJ y 145.1 LEC) diligenciar y documentar todo lo relativo a *las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución* (Título VIII del Libro II, arts. 545 a 588 octies LECrim) que se practiquen en la jurisdicción de menores, dentro de las cuales los supuestos más frecuentes serán las entradas y registros en lugar cerrado; el registro de libros y papeles; cotejo de transcripciones policiales de conversaciones telefónicas; volcado de datos procedentes de equipos de almacenamiento masivo etc.

6ª La presunción de autenticidad que se atribuye a las diligencias practicadas por el Fiscal en el art. 5.2 del EOMF no sirve para advenir y documentar esas diligencias, pues sólo tiene el valor de una presunción *iuris tantum*, de mera verdad formal, frente a las actas de los Secretarios (LAJ) que sí gozan del beneficio de la verdad material sobre el contenido transcrito, con valor de prueba preconstituida de naturaleza documental, con plenos efectos en el juicio



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

oral.

Además el derecho de defensa quedaría menoscabado si el Ministerio Fiscal, en cuanto parte acusadora en la ulterior fase de audiencia, se arrogase la misión de levantar tales actas o efectuar esos cotejos.

7ª La realización por parte del Juzgado de Menores de alguna diligencia restrictiva de derechos del art. 23.3 LORPM no supone automáticamente la pérdida de imparcialidad del Juez para juzgar la causa, ni motivo de abstención o recusación.

8ª La regla general es que la práctica de tales diligencias no implica *per se* tal consecuencia. Deberá examinarse en cada caso la actividad efectivamente desplegada para determinar si las diligencias practicadas implican una participación directa y relevante del Juez en la investigación, o si de las mismas resulta una toma de postura o la exteriorización de un prejuicio por parte del Juez para resolver en un determinado sentido, con abandono de su posición de neutralidad y pérdida de imparcialidad objetiva.

En los casos excepcionales en que pueda producirse tal circunstancia, al suponer una causa de abstención o recusación del Juez (art. 219.11ª LOPJ), deberán ponerse en marcha los mecanismos legales de sustitución, debiendo enjuiciar el expediente otro Juez distinto, que será el de Menores de la misma provincia (art. 211 LOPJ), y en aquellas provincias donde no hubiese más de uno el Juez que corresponda conforme a los planes de sustitución vigentes en cada demarcación.

9ª En caso de discrepancia con el Fiscal y en cuanto a eventuales recursos debe tenerse en cuenta que los Letrados de la Administración de Justicia carecen



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

de competencias para resolver sobre esta materia, que trasciende más allá de las meras facultades de impulso del procedimiento que les atribuye el art. 456 de la LOPJ, pues afecta a derechos fundamentales.

10ª Todo lo relativo a derechos fundamentales es materia legalmente reservada al Juez y las resoluciones judiciales que se dicten revestirán necesariamente forma de autos, tal y como se menciona expresamente en el art. 141, párrafo tercero LECrim, en relación al art. 245.1 b) de la LOPJ.

Contra los autos que dicten los Jueces de Menores en estos casos caben los recursos ordinarios previstos en el art. 41 LORPM, con posibilidad de apelación ante la Audiencia Provincial (vid. Apto. IX.8 Circular 1/2007 FGE).