

ACTUACIÓN DEL FISCAL DURANTE EL SERVICIO DE GUARDIA EN RELACIÓN A MENORES DETENIDOS Y MEDIDAS CAUTELARES

Francisco M. García Ingelmo

Fiscalía General del Estado

Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores

Madrid, mayo 2013

RESUMEN: *Se abordan los problemas más frecuentes que pueden plantearse durante el servicio de guardia en relación a los menores detenidos y la adopción de medidas cautelares, exponiendo las soluciones que reciben en la práctica jurisdiccional y de las Fiscalías, con especial mención a los criterios de actuación sentados por la Fiscalía General del Estado en Circulares, Instrucciones y Consultas, así como en los Dictámenes emitidos por la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores.*

SUMARIO: **I.-INTRODUCCIÓN** **II.-MENORES DETENIDOS:** II.-1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA. REFERENCIA A LO 4/1992. II.-2 SUPUESTOS II.-3 COMUNICACIÓN DE LA DETENCIÓN AL FISCAL II.4 ASPECTOS POLICIALES: CACHEOS, ESPOSAMIENTO Y RESEÑA **II.4.1 Posibilidad de reseñar a menores de menos de catorce años** **II.4.2 Reseña biológica o de ADN** II.-5 DETERMINACIÓN DE LA EDAD II.-6 PRESENCIA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES EN LA DECLARACIÓN. LA REPRESENTACIÓN SUBSIDIARIA DEL MF (Art. 17.2 LORPM) II.- 7 ASISTENCIA LETRADA II.-8 LUGARES DE DETENCIÓN II.-9 PUESTA EN LIBERTAD O A DISPOSICIÓN DEL FISCAL II.-10 GRUPOS POLICIALES II.-11 PLAZOS DE DETENCIÓN **II.-11.1 El plazo de detención en ciertos supuestos específicos** **II.-11.1.1 Cuando la minoría de edad se conoce con posterioridad a la detención** **II.-11.1.2 Mayores detenidos por hechos cometidos durante su minoría de edad** 2.-12 “HABEAS CORPUS” **III.- MEDIDAS CAUTELARES** III.-1 INTRODUCCIÓN III.-2 MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES III.-3 JUEZ COMPETENTE III.-4 PROCEDIMIENTO **III.-4.1 Motivación** **III.-4.2 Referencia a los intervinientes** **III.-4.2.1 El menor imputado y representantes legales** **III.-4.2.2 Representante de la entidad pública de protección o reforma** **III.-4.2.3 Acusación particular** III.-5 DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LAS MEDIDAS **III.-5.1 Medidas cautelares privativas de libertad** **III.-5.2 Medidas cautelares de medio abierto** III.-6 MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

I.-INTRODUCCIÓN:

La casuística de situaciones que pueden plantearse para el Fiscal durante el servicio de guardia de menores es tan amplia como diversa. A la variedad de cuestiones que pueden suscitarse deben añadirse las diferencias que resultan de los diferentes modelos de organización y medios de cada Fiscalía. Este último factor diversifica, aún más, tanto los problemas como las soluciones.

La Memoria de la FGE correspondiente a 2012 ponía de relieve algunas de esas diferencias:

En los grandes núcleos urbanos, encabezados por Madrid y Barcelona, la ratio de menores detenidos por día de guardia puede oscilar entre dos y veinte. En otras Secciones, de

tipo intermedio, más que ratio diaria habría que hablar de ratio semanal, y de mensual en las medianas y pequeñas capitales de provincia.

En las Fiscalías de volumen intermedio las guardias suelen ser semanales y el servicio lo prestan los Fiscales de la Sección, mientras que en las de dimensiones más reducidas, al no poder ser cubiertas enteramente por los especialistas, lo son por todos los Fiscales de la plantilla.

A los anteriores contrastes organizativos y de volumen de trabajo deben añadirse los derivados de la disponibilidad de recursos humanos y materiales.

Las guardias de las grandes capitales (Madrid, Barcelona) amén de tener carácter diario, se desarrollan en edificios que acogen tanto Fiscalía como Juzgados, equipos técnicos y grupos de policía judicial (GRUME). El Fiscal de guardia puede, durante toda la jornada, contar con médico forense de guardia si precisase de una pericia, o equipo técnico que emita informe sobre el menor. Mucho más importante es realizar la guardia en contacto permanente con los miembros de GRUME, a quienes impartir órdenes inmediatas tanto de diligencias a practicar en el atestado, como otras gestiones de variada índole: localización de testigos, acudir a centros para traslado de menores con el fin de efectuar ruedas de reconocimiento etc.

En Fiscalías de reducidas dimensiones o incluso en las de tipo intermedio algunas de las posibilidades antes mencionadas pueden ser poco menos que una “quimera”. Así, fuera de las horas de audiencia, el Fiscal que desarrolle esas funciones será el adscrito al Juzgado de Instrucción de guardia. En muchos lugares no sólo es que no haya edificio de las características descritas, sino que es fácil que no existan grupos especializados de policía, ni peritos de guardia salvo los del Juzgado. No son pocos los sitios donde tampoco hay previsión de guardia para los miembros de los equipos técnicos por las tardes, y los festivos y fines de semana. Y respecto a la realización de ruedas de reconocimiento durante la guardia será tarea harto complicada si no imposible, si no hay centros de reforma siquiera en la provincia de que se trate.

En términos muy generales puede decirse –tanto para las guardias como para el servicio de menores- que en las Fiscalías de más amplias dimensiones el importante volumen de trabajo queda en parte compensado por una mayor disponibilidad de medios tanto humanos como materiales. En las Fiscalías más pequeñas el panorama sería justamente el inverso: aunque la carga de trabajo o detenidos sea muy inferior, la carencia de recursos puede generar dificultades prácticas

Este trabajo no pretende desarrollar con exhaustividad todo el amplio abanico de temas relacionados con la privación de libertad y adopción de medidas cautelares, sino que se centra en las principales cuestiones, consignando las soluciones prácticas consolidadas y, especialmente, las respuestas desde la FGE.

II.- MENORES DETENIDOS¹:

¹ Sobre este tema pueden consultarse numerosos trabajos, habiéndose publicado el grueso de los más meritorios hace ya más de una década, en forma de ponencias, artículos y manuales. Aún a riesgo de

II.-1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA. REFERENCIA A LO 4/1992:

Visto retrospectivamente, puede sorprender que la legislación española careciese de una regulación específica de esta materia hasta que se promulgó la LO 5/2000.

El art. 15.1.3 de la LO 4/1992 (que modificó el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de 1948) se limitaba a remitirse a la LECrim: *el menor que fuese detenido gozará de los derechos que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Esa cierta indefinición en las situaciones de privación de libertad provocaba un importante desconcierto, sobre todo en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que se acentuaba cuando sus miembros no pertenecían a grupos específicos de menores (GRUME). Un menor detenido –de 12 a 16 años, conforme a dicha legislación- en dependencias policiales era poco más o menos sinónimo de “embolao”. Así se traslucía en las comunicaciones con las fuerzas policiales, casi siempre telefónicas, con frases y expresiones que se repetían, del tipo: “tenemos un menor detenido, ¿qué hacemos?”

A falta de regulación concreta, en las comunicaciones con Policía y Guardia Civil, se procuraba siempre que, aunque el plazo de detención máximo era el mismo de adultos (72 horas)², que se redujera al mínimo imprescindible y que el menor

incurrir en imperdonables omisiones, desglosaremos una somera relación. Respecto a ponencias: GÓMEZ RECIO, FERNANDO, *Medidas cautelares en la Ley reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002; FIERRO GÓMEZ, AVELINO, *La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002; de este mismo autor, FIERRO GÓMEZ, AVELINO, *La intervención de letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2003; FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL, *El Fiscal de Menores de Guardia. Problemas prácticos. Relación con la Policía Judicial y los Juzgados de Guardia*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002; MARTÍN ROBREDO, LUIS, *El Fiscal de Menores de Guardia. Problemas prácticos*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002; DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III-2001; CARTAGENA PASTOR, FAUSTO, *Las Directrices de la Instrucción 2/2000 de la FGE*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I-2001; GISBERT JORDÁ, TERESA, *Las medidas cautelares*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I-2001; DE OÑA NAVARRO, JUAN MANUEL, *Medidas Cautelares. Ejecución de las medidas acordadas en la sentencia*, Curso sobre L.O 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores, Málaga 11 y 12 de mayo y Sevilla 18 y 19 de mayo de 2000, organizado por el C.E.J.A.J y la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía. En cuanto a manuales, amén de otros publicados, citaremos: DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL y URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *Comentarios a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi 1ª Edición 2001; de estos mismos autores, DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL y URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La Responsabilidad Penal de los Menores adaptada a la LO 8/06*, Thompson-Aranzadi, 1ª edición 2007; DOLZ LAGO, MANUEL JESUS, *Comentarios a la legislación penal de menores*. Editorial Tirant lo Blanch, año 2007; POLO RODRÍGUEZ, JOSÉ JAVIER y HUÉLAMO BUENDÍA, ANTONIO, *La Nueva Ley Penal del Menor*, Editorial Colex, 3ª edición 2007...

² La Instrucción 1/1993 de la FGE, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio*, aludiendo al plazo de detención provisional disponía que para su “...duración ha de seguirse un criterio restrictivo, que por su carácter excepcional se situará en 72 horas; y si no hay diligencias que practicar ni siquiera debe consumirse ese plazo de tiempo, a lo que obliga tanto el art. 520,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el art. 17.2 de la

permaneciera, mientras estaba privado de libertad, separado de los adultos conforme a la normativa internacional³. Sólo en los casos especialmente graves o de reiteración delictiva se ordenaba a la Fuerza actuante el traslado y puesta a disposición del menor a Fiscalía, con vistas a la adopción de alguna medida cautelar.

Ciertamente, la memoria suele ser engañosa, si no tramposa, pues mitiga casi siempre los aspectos más negativos, permaneciendo comúnmente sólo los recuerdos de más grata evocación. Por eso, aunque al echar la primera vista atrás todo ese panorama descrito de comunicaciones entre Policías y Fiscal, durante los servicios de guardia, tratando de improvisar soluciones sobre la marcha ante la indefinición legal, pudiera antojarse poco menos que entrañable, lo cierto es que tenía poco de tal, y para nada puede echarse de menos hoy día la inseguridad jurídica que generaba entre los operadores, repercutiendo esa ausencia de regulación directamente en contra de los intereses del menor.

Esa situación terminó con la LO 5/2000 que reguló la detención de los menores en su art. 17, existiendo a partir de entonces un relevante *corpus* normativo que acabó con la indeterminación anterior, pues a lo previsto en la LORPM hubo que añadir luego la regulación de los arts. 2 y 3 del Reglamento de la LORPM, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio. Debe tenerse en cuenta además, desde el punto de vista de la normativa interna policial, la contenida primero en las Normas Provisionales para el Tratamiento de Menores (aprobadas por orden de la Dirección General de la Policía de 12 de enero de 2001) y los Criterios de actuación con menores de la Guardia Civil de ese mismo año, sustituidas luego por la actual Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo de Actuación Policial con Menores*.

Se aludía antes a la regulación internacional y, ciertamente, la contenida en el art. 17 de la LORPM es en buena medida tributaria suya, remitiéndose el art. 1.3 de la Ley a la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1.989, para declarar que todos los menores a los que se aplique gozarán de los derechos allí reconocidos.

Deben tenerse en cuenta, aparte del art. 37 de la Convención, las disposiciones contenidas en las *Reglas de Beijing*, de 29 de noviembre de 1985 (o reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia con Menores) y en la Recomendación nº 87 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa (*Reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*), de 17 de setiembre de 1987⁴.

Constitución Española.”

³ Conforme al art. 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, de Naciones Unidas “...La detención, encarcelamiento o prisión de un niño se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

⁴ Así, el ya citado artículo 37 b) de la Convención Derechos del Niño alienta a los Estados parte a que “ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento, o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”

El artículo 17 de las Reglas de Beijing señala que “se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutorias. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima

II.-2 SUPUESTOS:

Respecto a los supuestos en que procede la detención de los menores, algún autor (GÓMEZ RECIO) apunta, con acierto, que si se llevaran al extremo los postulados contenidos en esa normativa internacional quedaría limitada, o incluso negada, la posibilidad de detener a los menores en los mismos casos en que sí sería procedente para un adulto⁵. Como bien señala no debe ser así, ya que tal normativa internacional contempla más bien los casos de internamiento y no de detención, y no existe ningún impedimento en el art.17 de la LORPM para la detención de un menor, cuando proceda también para un mayor de edad.

En la experiencia práctica, no obstante, no son tan infrecuentes los casos en que por desconocimiento, falta de experiencia y temores infundados de la fuerza policial, se deja de detener y sólo se identifica a menores que pueden estar implicados en delitos de cierta relevancia incluso, como robos con violencia o intimidación. Todavía, a pesar del período de vigencia de la LORPM, se ignoran aspectos básicos de la misma por algunos integrantes de las Fuerzas Policiales, que pueden manifestar

prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más rápida posible”

Por su parte el art 6 de la Recomendación nº 87 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, insta a “evitar en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores y, en todo caso alentar a las autoridades competentes a controlar las condiciones en que tiene lugar” y el artículo 7 a “excluir el recurso a la detención provisional para los menores, salvo de modo excepcional por infracciones muy graves cometidas por los menores de más edad”

⁵ Según indica GÓMEZ RECIO, FERNANDO (op. cit.): “A nuestro juicio, sin embargo, no deben llevarnos estos tratados e instrumentos internacionales a soluciones radicales que nieguen o limiten la posibilidad de proceder a la detención de un menor en los mismos casos que los mayores de edad.

En primer lugar, porque de la atenta lectura de estos convenios, reglas, o recomendaciones, más parece que se están refiriendo a las medidas cautelares de internamiento, que a los supuestos de la detención inicial practicada generalmente en el momento de cometer el delito. Por otra parte, las precauciones a la generalización de la práctica de detenciones no son patrimonio del derecho de menores, sino que están presentes ya en el derecho penal español de adultos.

En segundo lugar porque restringir de forma drástica la posibilidad de detener a un menor, generaría resultados contraproducentes e iría en contra de la naturaleza de las cosas.

Decimos que va en contra de la naturaleza de las cosas, porque uno de los problemas que en la práctica más está hipotecando el éxito de la LORPM es la, engañosa si se quiere, sensación de impunidad que los menores actualmente albergan. Frases como “no me puede pasar nada porque soy menor” o “hago lo que quiero porque soy menor” son cada vez más frecuentes en los atestados. Que un menor perciba, incluso falsamente, que frente a él no hay límites ni cortapisas, y sobre todo que se percate de que a corto plazo, y por ser menor de edad, ni siquiera existen reacciones inmediatas por la comisión de un delito, es una situación gravísimamente ineducativa.

Pongamos un ejemplo, dos jóvenes uno de 17 y el otro de 18 años, que conjuntamente cometen un delito de robo de uso, y que son interceptados por las fuerzas de seguridad. Si el mayor es detenido mientras que al menor tan sólo se le toman los datos, se le estará ofreciendo una falsa sensación de impunidad que no va a poder remediarse después a lo largo de la incoación del expediente. Más cuando esta sensación de indemnidad frente a la ley que se genera no es auténtica, porque en este caso probablemente el menor cumplirá una medida que se le impondrá en un espacio de tiempo no muy lejano, mientras que al mayor de edad, también probablemente, se le juzgará más tarde y si se dan las condiciones legales puede que no tenga que cumplir la pena que se le imponga.

A nuestro juicio, no existen razones legales ni teleológicas para afirmar que los menores no puedan ser detenidos en los mismos casos que los mayores de edad. El artículo 17 LORPM no establece ninguna restricción relativa a los supuestos en que procede detener a un menor. A falta de regulación expresa, por tanto y de acuerdo con la disposición final primera de la LORPM, deberá estarse a lo que establece el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

cierta desmotivación ante las actuaciones, al asumir también de modo implícito el tópico que “por ser menor no le va a pasar nada”. Este tipo de situaciones –por fortuna cada vez menos frecuentes- cuando se producen generan un doble problema: el ya apuntado de la sensación equívoca de impunidad para el menor (GÓMEZ RECIO, vid. nota 5) y el de las dificultades posteriores que se presentan al Fiscal para encauzar debidamente la instrucción⁶.

Pero, dejando a un lado situaciones más o menos anómalas, los supuestos en que procede la detención de un menor son los mismos de los adultos, conforme a los arts. 489 y ss. de la LECrim. Las auténticas especialidades del art. 17 LORPM respecto a la detención de menores lo son en cuanto a la forma de llevarla a efecto y los plazos.

La primera especialidad en la que nos detendremos es la relativa a la notificación inmediata de la detención al Ministerio Fiscal pues, en la práctica, genera distintos problemas y formas de proceder en cuanto a su realización.

II.-3 COMUNICACIÓN DE LA DETENCIÓN AL FISCAL:

Previamente el art. 17.1 de la LORPM refiere que *las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor...*

Esas alusiones a que la detención se practique en la *forma que menos perjudique* y la información en un *lenguaje claro y comprensible*, no son novedosas pues ya las contiene la LECrim, con carácter general, para los adultos. Lo mismo puede decirse en cuanto a la notificación de la detención a los representantes legales del menor, mencionada igualmente en el art. 520.3 LECrim⁷.

La gran novedad, por tanto, del art. 17.1 la constituye la notificación inmediata al Fiscal de la detención y lugar de custodia del menor⁸.

⁶ No obstante, la Instrucción nº 11/07 de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo de Actuación Policial con Menores* es clara cuando prevé en su Apartado 4.1.1 que: *Los menores de edad entre 14 y 18 años, presuntamente responsables de la comisión de hechos delictivos, podrán ser detenidos de oficio en los mismos casos y circunstancias que los previstos en las leyes para los mayores de edad penal, siempre que no resulten eficaces otras posibles soluciones y sea necesario para la protección del propio menor, la averiguación de los hechos, el aseguramiento de las pruebas o la protección de las víctimas.*

⁷ Véase DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL y URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *Comentarios a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi 1ª Edición 2001, p.209.

⁸ El Borrador de Código Procesal Penal de 2013 (en adelante CPP), que atribuye la instrucción de los procedimientos penales al Fiscal, en su art. 83 prevé también que *inmediatamente que los funcionarios de la Policía Judicial tuvieren conocimiento de un delito público o se denuncie un delito perseguible a instancia de parte lo participarán al Ministerio Fiscal si pudieren hacerlo sin cesar la práctica de las*

El fundamento teórico de esa notificación inmediata al Ministerio Público, convenimos con DE LA ROSA CORTINA y URBANO CASTRILLO, es un deseo del legislador de establecer, en el caso de los menores, un control de la legalidad de la detención *ex ante*, a diferencia de las detenciones de adultos, en las que el control de la legalidad de la detención sólo puede realizarse por el Juez una vez que ha recibido el atestado, al no existir esa previsión legal de notificación previa⁹.

Pero si el fundamento puede ser ese, la aplicación del precepto se intuyó más problemática desde el primer momento, toda vez que no especifica nada, como tampoco lo hace el reglamento de 30 de julio de 2004, más allá de la genérica referencia, contenida en su art. 2.2: *la actuación de la Policía Judicial se atenderá a las órdenes del Ministerio Fiscal*.

Al no concretarse la manera de llevarla a efecto, la tentación inmediata por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad fue que esa “notificación” se convirtiera en comunicación telefónica de la detención, en la que además de dar cuenta de la misma, bajo la cobertura de lo previsto en el art. 17.1, se aprovechaba tal coyuntura para consultar del Fiscal otros extremos, singularmente la puesta a disposición o no del menor detenido. Sin perjuicio de volver sobre este extremo más adelante, al tratar de la puesta en libertad del menor o a disposición del Fiscal (art. 17.4 y 5 LORPM), conviene puntualizar algunos extremos sobre el particular.

Como señala MARTÍN ROBREDO¹⁰, *la notificación es un acto de comunicación meramente formal que tiene por objeto dar noticia de una Resolución, diligencia o actuación*. Aunque se admitan distintas formas para practicar notificaciones (por correo, telegrama, electrónicos, medios informáticos) el requisito inexcusable es que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente de su remisión y recepción íntegros y del momento en el que se hiciera. (art. 271 LOPJ). Considera, por ello este autor, a continuación, que esa notificación no conlleva ningún tipo de respuesta o pronunciamiento por parte de la persona u órgano a quien se notifica, y que es distinta y de menor alcance y contenido que la expresión puesta en conocimiento.

De ahí que este mismo autor, en su momento, se decantara por el fax, como medio que cumplía esos requisitos de autenticidad y constancia fehaciente, frente a la inseguridad de la mera conversación telefónica¹¹.

diligencias de prevención. Sin embargo, el art. 164.2, segundo párrafo del mismo Borrador establece un *plazo máximo de veinticuatro horas* para comunicar la detención al Ministerio Fiscal.

⁹ DE LA ROSA CORTINA, JOSE MIGUEL y URBANO CASTRILLO, EDUARDO, *La Responsabilidad Penal de los Menores adaptada a la LO 8/06*, Thompson-Aranzadi, 1ª edición 2007, p.146

¹⁰ MARTÍN ROBREDO, LUIS, op. cit.

¹¹ “Como consecuencia de todo lo anterior y de los distintos modos, en mi opinión no correctos, como se están produciendo tales notificaciones se me antoja necesario que se den por parte de la Fiscalía General o de cada Fiscal Jefe instrucciones concretas a las fuerzas y cuerpos de seguridad sobre el modo de efectuar las notificaciones siempre y cuando quede constancia fehaciente de todos los requisitos antes citados, no sólo por razones de legalidad sino como garantía tanto para las fuerzas policiales como para los propios Fiscales.

En el actual estado de medios materiales con los que cuentan, tanto las Fiscalías como las fuerzas y cuerpos de seguridad el sistema que recoge todos los requisitos descritos es el fax. De ésta forma se daría además cumplimiento íntegro a la Instrucción 2/00 de la Fiscalía General del Estado cuando se refiere, al tratar las diligencias preliminares y los expedientes a que cuando la autoridad policial curse al Ministerio Fiscal la comunicación sobre la detención y lugar de custodia de los menores se procederá a

Aunque la forma de resolver esta cuestión en las distintas Secciones de Menores sea diversa, una comunicación telefónica sin más, sobre todo si se pretende que el Fiscal se pronuncie sobre algún extremo de relevancia (vgr. puesta a disposición o no del menor detenido) carece de garantía alguna. Sin perjuicio de que se pueda dar cuenta inicialmente de la detención por vía telefónica, el control de la legalidad que se pretende sólo podrá ser efectivo a partir del conocimiento de los extremos que constan en el atestado, que debería remitirse a Fiscalía una vez que se hubiese iniciado y antes de cerrarlo por completo. El medio más socorrido, a tal efecto, sigue siendo el fax, aunque no son descartables, en modo alguno, otros medios, singularmente el correo electrónico (ventajoso, además, si el atestado fuera voluminoso).

Dejamos apuntada la cuestión, sobre la que, como anunciamos, volveremos más adelante a propósito de la puesta en libertad del menor o a disposición del Fiscal, tema relacionado, a su vez, con la conveniencia o no de impartir a los grupos policiales unos criterios generales de actuación desde las Fiscalías a tener en cuenta cuando se produzca la detención de un menor, así como la necesidad de especialización de funcionarios de Policía y su adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías (Disposición Final Tercera nº 3 LORPM).

II.4 ASPECTOS POLICIALES: CACHEOS, ESPOSAMIENTO Y RESEÑA:

Respecto a las dos primeras cuestiones, la procedencia del cacheo y esposamiento de menores detenidos, aunque se detectaron -sobre todo en los primeros momentos de vigencia de la LO 5/2000- algunas dudas puntuales entre algunos miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo cierto es que está debidamente resuelto en el art. 2.5 del Reglamento de desarrollo de la LOPJ y, desde la perspectiva policial, en su momento en las Normas Provisionales de 12-1-2001 y actualmente en la Instrucción 11/07 de la Secretaría de Estado de Seguridad, Apartados 4.2.3 y 4.2.4¹².

la apertura de diligencias preliminares quedando estas diligencias a la espera de la recepción del atestado policial.

Además el fax posibilita un mayor control de la detención de los menores por parte del Fiscal ya que en el documento que se reciba deberá constar, no sólo la hora de la detención sino también el nombre y circunstancias personales del menor o menores así como también el hecho delictivo que se le imputa, pudiendo el Fiscal, una vez incoadas con el fax las correspondientes diligencias, recabar la inmediata remisión de todo lo actuado e incluso la puesta en libertad o a disposición del menor detenido” MARTÍN ROBREDO, LUIS, op. cit.

¹² Conforme al art. 2.5 del Reglamento de la LORPM, aprobado por RD 1774/2004, de 30 de julio.: *El cacheo y aseguramiento físico de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor.* Por su parte, la mencionada Instrucción nº 11/07 de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *Protocolo de Actuación Policial con Menores*, dispone: 4.2.3. *El cacheo de los menores detenidos se realizará con respeto absoluto a sus derechos fundamentales y siempre como medida de seguridad para el propio menor y los actuantes. Retirándose cualquier objeto que pudiera hacer peligrar su integridad física, su seguridad o la de los que le custodian.* 4.2.4. *El esposamiento de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos que sea estrictamente necesario como respuesta proporcional al la naturaleza del hecho cometido y a la actitud del menor en el momento de su detención.*

Si fuera necesario para el cacheo el desnudo integral del detenido menor, no se trataría de una intervención corporal, restrictiva de derechos fundamentales, que requeriría de la correspondiente

El tema de la reseña tampoco suscita actualmente especiales problemas. En su momento, durante la vigencia de la LO 4/1992, sí fue así, pues como recuerdan DE LA ROSA¹³ o FIERRO GÓMEZ¹⁴ el criterio de actuación tácitamente asumido era el de que no cabía realizar reseñas de los menores detenidos indocumentados, por lo que se generaban los correspondientes sobreseimientos cuando aquéllos se colocaban en paradero desconocido. Semejante forma de actuar carecía de soporte legal.

Tras la entrada en vigor de la LORPM, la Orden de 12 de setiembre de 2001 (Normas provisionales para el Tratamiento de Menores de la DGP) dejó claro el deber de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de reseñar dactiloscópica y fotográficamente a los menores detenidos, regulando los distintos registros policiales de menores (PERPOL, SAID, GATI) en sus Apdos. 22 a 26.

Posteriormente, el Reglamento de la LORPM de 30 de julio de 2004 dispuso en el art. 2. 3 que *los registros policiales donde consten la identidad y otros datos que afecten a la intimidad de los menores serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Solo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la investigación de un caso en trámite o aquellas personas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, autoricen expresamente el juez de menores o el Ministerio Fiscal, todo ello sin perjuicio de las disposiciones que, en materia de regulación de ficheros y registros automatizados, dicten las comunidades autónomas de acuerdo con sus respectivas competencias.* En cuanto a la reseña, a tales efectos, en el 2.5 se prevé que *cuando se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones*

autorización judicial conforme al art. 23.3 de la LORPM. Por ello, debería seguirse la misma forma de proceder establecida para los adultos en la Instrucción nº 19/2005, de 13 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, *relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad: Sólo se podrá efectuar cacheo con desnudo integral en la persona de un detenido cuando, a juicio del funcionario policial responsable del mismo, por las circunstancias de la detención, la actitud del detenido u otras debidamente valoradas y justificadas por el responsable policial encargado de autorizarla, se aprecie fehacientemente la posibilidad de que guarde entre sus ropas o partes íntimas objetos o instrumentos que pudieran poner en peligro su propia vida, su integridad corporal, la de otras personas o la del propio funcionario o funcionarios que le custodian; o bien cuando se aprecien indicios suficientes de que oculta algún objeto que pueda ser medio probatorio que sirva de base para responsabilizarle de la comisión del delito y siempre que no sea posible el uso de otro tipo de fórmula, medio o instrumento que permita conseguir el mismo resultado y produzca una menor vulneración de sus derechos fundamentales.*

Para llevar a cabo la práctica de un desnudo integral dicha medida deberá ser acordada por el Instructor del correspondiente Atestado Policial figurando en diligencia en la que se hará constar que se ha llevado a efecto así como la justificación de los motivos o circunstancias que la aconsejan que no podrán ser otros que los expresados en el apartado anterior y será convenientemente anotada en el libro de custodia de detenidos. En su defecto será acordada por el funcionario responsable del ingreso y de la custodia del detenido en los calabozos siendo anotada en el correspondiente libro oficial de custodia de detenidos, incluyendo, en el apartado de observaciones, las causas o motivos que justifiquen el haberla efectuado. Dicha práctica se llevará a efecto de forma individual (evitando la práctica a varios detenidos a la vez), ante los funcionarios que asuman la custodia del detenido (Si es posible, en presencia de los funcionarios que realizaron la detención) y respetando en todo momento la intervención de funcionarios del mismo sexo que el del detenido. Se realizará en dependencias contiguas a los calabozos y de la forma que menos perjudique a la intimidad del preso o detenido.

¹³ DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III-2001.

¹⁴ FIERRO GÓMEZ, AVELINO, *La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002

dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal.

A este aspecto se refiere también la Instrucción 11/07 de la Secretaría de Estado de Seguridad en sus Apdo 4.13¹⁵.

Únicamente se han suscitado, en los últimos tiempos, como posibles cuestiones problemáticas, la posibilidad de reseñar a un menor de edad inferior a catorce años si cometiera un delito, e igualmente la posibilidad, o no, de efectuar a los menores detenidos la llamada reseña biológica o de ADN.

II.4.1 Posibilidad de reseñar a menores de menos de catorce años:

Esta cuestión fue objeto de tratamiento en el Dictamen 3/2010 *sobre la posibilidad de reseñar fotográfica y decadactilarmente a infractores menores de catorce años*, de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores.

En síntesis, dicho Dictamen parte de que el art. 2.4 del Reglamento de la LORPM (RD 1774/2004, de 30 de julio) aunque no limita expresamente las reseñas fotográficas y dactilares a los menores mayores de catorce años, debido a la remisión expresa que hace al art. 17 LORPM, relativo a la detención (de menores a los que puede exigírseles responsabilidad), debe entenderse que restringe la práctica de reseñas por la comisión de infracciones penales a los menores mayores de catorce años.

No obstante, admite una excepción a esa regla general de no reseñar a menores de edad inferior a catorce años: aquellos casos en que fuera precisa la identificación policial del menor infractor, a los fines de protección ulterior.

Para las actuaciones en vía de protección, conforme al art. 3 LORPM, puede ser necesaria la identificación del menor y reseñarlo únicamente a ese fin. En tal sentido, la Instrucción 11/07, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad contempla, además de la reseñas de menores detenidos, otro tipo de reseñas. Así, su apartado 10.3.3 subraya que “todas las reseñas policiales de menores quedarán contenidas en su correspondiente aplicación, debiendo mantener separadas y sin comunicación directa las reseñas de menores detenidos de aquellas otras practicadas con ocasión de trámites de determinación de edad o de identificación de menores no acompañados o indocumentados.”

¹⁵ 4.13.1 *Se obtendrá la reseña policial del menor detenido para los solos fines de identificación e investigación policial, que quedará contenida en una aplicación específica, e incluirá datos biográficos, impresiones decadactilares y fotografía.*

4.13.2. *Se obtendrá de manera ordinaria la reseña de los menores infractores penales entre 14 y 18 años.*

4.13.3. *La reseña se remitirá, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente.*

4.13.4. *Si el menor se negara se procederá a obtener la reseña de forma coactiva si fuese preciso, siempre en la forma que menos le perjudique, no siendo necesario solicitar autorización judicial por no tratarse de una diligencia restrictiva de derechos fundamentales.*

Concluye de esa forma el Dictamen que cabe la reseña fotográfica y decadaactilar de menores infractores que en el momento de la comisión del hecho no hubieran alcanzado los catorce años, a los exclusivos fines de asegurar su protección, cuando la necesidad de una plena identificación así lo exija. Esto no será así cuando los menores estén completamente identificados y no se objetive ningún dato que pueda llevar a la conclusión de que la reseña es conveniente por razones de protección.

II.4.2 Reseña biológica o de ADN:

El tema fue objeto de tratamiento por parte de la FGE, emitiendo informe de fecha 20 de setiembre de 2010 dirigido a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN y la investigación de ADN, en el marco del proceso penal de menores.

La FGE comienza por señalar que la toma de muestras de ADN de un menor detenido por parte de la Policía Judicial no se prevé expresamente ni en la LORPM ni en Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. Pero esa ausencia de previsión es comprensible, teniendo en cuenta que la legislación sobre el particular, la Ley Orgánica 10/2007, de 8 octubre, *reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN*, es cronológicamente posterior a esa reglamentación. La LO 10/07 completa la regulación establecida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím) tres nuevas normas: el art. 326 párrafo tercero, el art. 363 párrafo segundo, y la Disposición Adicional tercera. El primer precepto regula la recogida de vestigios, el segundo la obtención de muestras biológicas del sospechoso y la Disposición Adicional tercera habilita al Gobierno para regular la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN.

En el art. 1 de la LO 10/2007 se prevé la creación de *la base de datos policial de identificadores obtenidos a partir del ADN, que integrará los ficheros de esta naturaleza de titularidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tanto para la investigación y averiguación de delitos, como para los procedimientos de identificación de restos cadavéricos o de averiguación de personas desaparecidas*. En tanto que la DA 3ª de dicha Ley establece que *para la investigación de los delitos enumerados en la letra a) del apartado 1 del art. 3, la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito...*

A la pregunta de si cabe, por vía de la Disposición Final Primera de la LORPM, la aplicación supletoria de esa normativa a la jurisdicción de menores, la FGE observa que, si bien la LO 10/2007 no contiene ningún pronunciamiento expreso en orden a su aplicabilidad al sistema de Justicia Juvenil, lo cierto es que, cuando define su objeto, lo hace en términos omnicomprendivos. Las expresiones genéricas utilizadas al redactar los preceptos de la LO 10/07 permitirían abarcar la investigación de los delitos cometidos por menores.

Por otra parte, aunque las menciones de la Disposición Final Primera de la LORPM no comprenden expresamente a la LO 10/2007, ésta no es sino un complemento de la regulación contenida en la LECrím, en sus arts 326 y 363.

Además, en una interpretación integradora, el informe citado entiende que la reseña de ADN puede equipararse a la reseña dactilar, pues en estos casos la afectación del derecho a la intimidad genética es inexistente, mientras que la afectación del derecho a la integridad corporal es inapreciable, en cuanto que sólo supone la toma de una muestra mínima de saliva.

La FGE concluye así que *la Policía podrá tomar por sí muestras a efectos de la reseña de los menores detenidos en aplicación de la LORPM siempre que la detención esté basada en hechos que pudieran constituir delitos de los comprendidos en el radio de aplicación de la LO 10/2007*¹⁶.

Trata además la FGE en ese informe de otras dos cuestiones relacionadas con la anterior.

La primera de ellas se refiere al consentimiento del menor y si es necesaria la asistencia de sus representantes para su validez. A esta cuestión responde afirmativamente, entendiendo que el consentimiento prestado por el menor, mayor de catorce años, es plenamente válido y eficaz con carácter general, sin necesidad de la presencia o aquiescencia de sus padres o representantes legales¹⁷.

La segunda cuestión se refiere a la necesidad o no de asistencia letrada.

La FGE entiende que no es legalmente exigible para tomar muestras del detenido menor a efectos de reseña, como tampoco lo es para la toma de las huellas dactilares. Ninguna disposición legal prevé la asistencia jurídica para la toma de muestras de ADN por parte de la policía. En este sentido es ilustrativo que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, hayan declarado reiteradamente

¹⁶ Esos delitos referidos *en la letra a) del apartado 1 del art. 3*, son los delitos graves (castigados con pena de prisión superior a cinco años, conforme a los arts. 13 y 33 CP), y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada, debiendo entenderse incluida, en todo caso, en el término delincuencia organizada la recogida en el art. 282 bis LECrim. Debe tenerse presente que el listado de delitos del art 282 bis LECrim se amplía tras la reforma operada por LO 5/2010

¹⁷ Tal afirmación la sustenta la FGE sobre la base de los preceptos civiles que rigen la capacidad de obrar de los menores de edad. Así, según lo dispuesto en el art. 162 CC, se excepciona del ámbito de representación de los padres *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"*. Además, el art 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de protección jurídica del menor* dispone que *"las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva"*.

A mayor abundamiento, en el ámbito específico de la LORPM se reconoce la capacidad del menor para prestar su consentimiento sin necesidad de representación ante un acto de mucha más trascendencia jurídica cual es el de la conformidad (arts. 32 y 36 LORPM).

La presunción, por tanto, ha de ser la de que los mayores de catorce años pueden por sí prestar este consentimiento. Por supuesto, tal presunción quedaría exceptuada cuando se entendiese por los funcionarios actuantes que concurren en el concreto menor circunstancias que le impiden comprender la trascendencia del acto. En este caso deberá recabarse el consentimiento de los representantes legales. Únicamente cuando en sede policial el menor detenido se niegue a prestar su consentimiento para la toma de muestras, conforme a lo previsto en la Disposición Final Primera, y en los arts 6, 16 y 23.3 LORPM, la correspondiente solicitud policial se tramitará a través de la Sección de Menores de Fiscalía, siendo competencia de ésta la valoración de la necesidad de la misma y la solicitud, en su caso, al Juez de Menores, no estando legitimada la Policía Judicial para plantear la solicitud directamente a la autoridad judicial, como se desprende de lo dispuesto en el art 2.2 RLORPM.

que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente”. (SSTC nº 32/2003 y 475/2004) y SSTS nº 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005 y 863/2008).

Ejemplos análogos de diligencias policiales, que tampoco requieren la presencia de abogado, son la exploración radiológica del detenido o la prueba de alcoholemia (STS nº 590/2000, de 8 abril).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta en relación a la postura adoptada por la FGE, en cuanto a la no exigencia de asistencia letrada para esta diligencia policial, que la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha dictado respecto a adultos alguna sentencia en la que, si bien como *obiter dicta*, sostiene la postura contraria¹⁸, imponiendo la presencia de letrado que, por lo demás, la LO 10/2007 entendemos que no exige¹⁹.

Sobre la posibilidad de reseña biológica o toma de muestras de ADN a menores implicados en delitos que no hubieran cumplido catorce años, la FGE

¹⁸ En efecto la STS, Sala 2ª, nº 827/11 de 25 de octubre (Pte. Marchena Gómez) aún confirmando la Sentencia recurrida, a partir de otros elementos probatorios, consigna en su fundamento cuarto: “Resulta evidente, pues, la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva. Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor.

Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que “...resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:

a) *En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.*

b) *Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.*

c) *en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados”.*

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim”.

¹⁹ Sobre este punto, por su interés, nos remitimos a la relación y estudio de la jurisprudencia de la Sala 2ª del TS de DOLZ LAGO en su artículo *ADN y derechos fundamentales* LA LEY nº 7774 de 12 de enero de 2012.

considera –igual que para la reseña ordinaria- que no cabe con carácter general. Pero señala también que, a los efectos exclusivos de protección, debe admitirse la misma excepción que en cuanto a la reseña decadactilar: cabría a fines puramente identificativos, con el objeto exclusivo de poder adoptar las medidas de protección que fueran necesarias al caso²⁰.

II.-5 DETERMINACIÓN DE LA EDAD:

Cuestión relacionada íntimamente con la anterior de la reseña es la de las pruebas para determinar la edad puesto que, en todo caso, deben ser subsiguientes a la

²⁰ Según el informe de la informe de 20 de setiembre de 2010 de la FGE:

“Este principio general de improcedencia de toma de muestras puede, no obstante, tener excepciones.

En efecto, debe entenderse que -de manera indirecta y tangencial- los menores de 14 años también se ven afectados por las previsiones de la LORPM. Así, el art. 3 LORPM establece que *cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.*

De esto se deduce que la comisión de hechos delictivos por menores de 14 años no le es indiferente a la LORPM y puede afirmarse que dicha comisión genera actuaciones tanto por parte de la Policía que debe elaborar un informe, como del Fiscal, que a la recepción del informe debe abrir Diligencias Preliminares. No obstante, estas actuaciones son limitadas y desde luego quedan al margen del proceso educativo sancionador previsto en la LORPM.

En cuanto a la intervención Policial, la Instrucción nº 11/2007, de 12 de septiembre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el *protocolo de actuación policial con menores* en su punto 3.3.3 b) dispone que en estos casos la intervención de la Policía consistirá en la participación al Ministerio Fiscal de los hechos y circunstancias conocidas, con confección y remisión del correspondiente informe policial.

Es evidente que dicho informe policial ha de extenderse a la identificación del menor. De nuevo debe aclararse que tal identificación tendrá por finalidad exclusiva la de posibilitar ulteriores actuaciones protectoras, si las mismas se revelan necesarias.

En estos casos, pues, es claro que los menores infractores de menos de 14 años deberían ser identificados. Aunque las reseñas fotográficas y decadactilares y en su caso, la toma de muestras a efectos de ADN solamente deben practicarse como regla general respecto de menores mayores de 14 años, cabría practicar tales reseñas a menores infractores que en el momento de la comisión del hecho no hayan alcanzado los 14 años a los exclusivos fines de asegurar su protección, y siempre que el análisis del ADN fuera imprescindible para una plena identificación.

Cabría también plantearse el supuesto de que al menor de catorce años se le imputara un delito de máxima gravedad (art. 10.2 LORPM) y fuese necesario la práctica de una pericial de análisis de ADN, no para conocer su identidad, sino a efectos de comprobar mínimamente la participación del mismo en los hechos y a fin de posibilitar la intervención protectora, en la inteligencia de que la comisión de determinados delitos es un dato objetivo de especial importancia a los efectos de fundamentar la intervención protectora de las Entidades Públicas.

En otro orden de cosas, hay que considerar que la investigación de los hechos graves que integran los delitos a que alude la LO 10/2007 no puede cerrarse sin más cuando las sospechas o evidencias de la autoría recaigan sobre persona menor de 14 años. La exención de responsabilidad penal del sospechoso no excluye sino al revés, demanda su completa identificación como autor de los hechos para descartar otras sospechas, para cerrar la investigación, y por supuesto para dispensar en su caso la protección que la situación de riesgo del menor demande.

Para estos supuestos ha de entenderse que, de nuevo a los efectos exclusivamente de protección, y siempre que fuera imprescindible para determinar la identidad del menor y su relación con los hechos delictivos investigados, podría el Fiscal acordar la práctica tal diligencia, utilizando el trámite de las Diligencias Preliminares abiertas.

reseña. Sólo deberían realizarse cuando, comprobada la reseña, el individuo no figure registrado en ninguna de las bases de datos policiales.

El punto de partida inexcusable, como es sabido, es que la jurisdicción de menores resulta subsidiaria a la de adultos, debiendo abrirse actuaciones sólo después de acreditarse que la persona del imputado es menor.

Consecuencia de lo anterior es que cuando se produce la detención de un indocumentado o existen dudas acerca de la edad de una persona que pueda resultar imputada por la comisión de un delito o falta, dichas dudas deberán despejarse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, correspondiendo a los Jueces de Instrucción determinar la identidad y edad de quien resulte imputado.

Se tratará de casos de individuos indocumentados o que presenten documentación que resulte mendaz u ofrezca serias dudas acerca de su veracidad. La cuestión parecía diáfananamente resuelta en el art. 375 de la LECrim, que dispone que, en defecto de documentación acreditativa, deberá el imputado, a instancia del Juez, ser examinado por Médico forense para que dictamine sobre su edad. Sin embargo, en los primeros tiempos de vigencia de la LORPM se suscitaron algunas vacilaciones iniciales por la aparente dicotomía de dicho precepto con el art. 35 de la LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, que preveía que cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localizaran a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pudiera ser establecida con seguridad, este hecho sería puesto “en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

Las dudas y reticencias procedieron sobre todo de algunos Juzgados de guardia cuyos titulares, en base precisamente a dicho art. 35 de la LO 4/00, pretendían que fuera el Fiscal quien debía ordenar también las pruebas médicas necesarias para la determinación de la edad en casos de detención de indocumentados imputados por la comisión de un ilícito penal y cuya edad ofreciese dudas. Desde el primer momento parecía claro, no obstante, que el contenido del art. 375 de la LECrim permanecía vigente y que la posible antinomia entre una y otra norma era más aparente que real, toda vez que el 375 LECrim se refería a supuestos de imputados por la comisión de delitos o faltas, en tanto que el art. 35 de la LO 4/00 se circunscribía al ámbito de protección, por referirse a situaciones de desamparo. Por eso, en este último caso quedaba justificado que fuera al Fiscal a quien se le atribuyera esa competencia para ordenar las pruebas médicas. Lo cierto es que tales vacilaciones, pasados los primeros

Para ello sería necesario recabar el consentimiento del menor, si es mayor de doce años y tiene suficiente juicio. Si el menor no tiene mas de doce años o si siendo mayor de doce no tiene madurez suficiente, habría de recabarse el consentimiento de sus representantes legales (vid. por analogía, art. 9.3 c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*).

En estos casos, el resultado de las pruebas debería hacerse constar en el Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares, que en su caso tendría que ser remitido, junto con el testimonio de las actuaciones, a la Entidad Pública de Protección de Menores a los efectos previstos en el art 3 LORPM. Esta práctica de diligencias a efectos de protección debe ser acordada únicamente con carácter excepcional y conforme al principio del superior interés del menor, concretado en estos supuestos en la necesidad de conocer extremos que pueden ser relevantes a la hora de decidir respecto a la procedencia de adoptar medidas tuitivas”.

momentos, quedaron superadas, a lo que contribuyó que la FGE saliera al paso con la Instrucción 2/01 que interpretaba ambos preceptos en el sentido antedicho²¹.

Con posterioridad, el art.2.9 del RD 1774/04, por el que se aprueba el Reglamento de la LORPM, consagró legislativamente tal interpretación de modo más explícito: *cuando la policía judicial investigue a una persona como presunto autor de una infracción penal de cuya minoría de edad se dude y no consten datos que permitan su determinación, se pondrá a disposición de la autoridad judicial de la jurisdicción ordinaria para que proceda a determinar la identidad y edad del presunto delincuente por las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez acreditada la edad, si esta fuese inferior a los 18 años, se procederá conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*

Igualmente –y aunque se trate de órdenes internas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado- la Instrucción 11/07, de 12 de setiembre de la Secretaría de Estado de Seguridad, recoge en su Apartado 14.4 una previsión en idéntico sentido a la transcrita del Reglamento.

Sin embargo, este último Protocolo policial, al que nos acabamos de referir, plasma otra norma interna a nuestro entender menos afortunada y que puede dar lugar a confusiones innecesarias. Aludiremos a la misma, pues el tema que plantea también ha suscitado, a veces, debate dentro de las Fiscalías.

²¹ Dicha Instrucción disponía que *En primer lugar, es preciso poner de relieve que este artículo (el 35 LO 4/00) no se está refiriendo al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el único competente -al igual que si se tratase de ciudadanos españoles- para ordenar la práctica de las diligencias encaminadas a determinar su edad. El art. 375 LECr residencia claramente esta competencia en el Juez instructor, quien, en último término, pedirá al forense o al médico o médicos por él nombrados el oportuno informe acerca de la edad del imputado. Coherentemente con lo anterior, la regla 3ª del art. 789.5 LECr establece que, practicadas u ordenadas sin demora por el Juez las diligencias encaminadas a determinar -entre otros extremos- la identidad y circunstancias personales de los sujetos que han participado en el hecho delictivo, entre las que figura la edad (regla 3ª del art. 785 LECr), si todos los imputados fueran menores, se inhibirá a favor del órgano competente, o sea el Ministerio Fiscal. ...Todos estos argumentos abonan la opinión de que corresponde al Juez de Instrucción y no al Ministerio Fiscal acreditar la edad de aquéllos a quienes se impute la comisión de un delito –sean españoles o extranjeros- cuando existan dudas sobre la misma. Esta postura ya fue mantenida además en la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, conforme a la cual el Fiscal deberá recurrir las resoluciones de los Jueces de Instrucción por las que se inhiban en favor de la Fiscalía de Menores «si existe duda razonable de la verdadera edad del inculcado y no se han agotado los medios de prueba disponibles, pues los órganos de la jurisdicción penal de adultos no deben declinar su competencia sin previa certeza del dato de la edad del inculcado».*

El art. 35 de la L.O. 4/2000 se aplicará por tanto en aquellos casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen, por motivos diversos de la imputación de la comisión de una infracción penal, a un extranjero indocumentado cuya menor edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad, así como para en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia previstas en la ley española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero (art. 1 de la L.O. 1/1996).

La Instrucción 11/07 de la Secretaría de Estado, como referíamos, parte de la regla que es el Juez de Instrucción el competente para proceder a determinar la identidad y edad del presunto delincuente conforme a la LECrim. Pero en su Apdo. 3-1-5-h introduce una salvedad, entendiendo que corresponde al Fiscal y no al Juez *ordenar lo oportuno en orden a la determinación de la edad e identidad de los menores infractores cuando se dude si son de edad inferior a 14 años.*

No podemos estar de acuerdo con semejante excepción que, entendemos, lo único que puede dar lugar es a confusiones. Esa norma pretende que el Fiscal sea quien ordene las pruebas cuando previamente se dé por sentado que alguien es menor de dieciocho años. Pero tal presunción carece de rigor, porque ¿cómo se deduce que alguien es menor de dieciocho, si no se sabe antes si es mayor o menor de catorce? ¿cómo se hace tal apreciación? ¿a “ojo de buen cubero”? Dicha previsión se basa en aventurar un cálculo de edad que las más de las veces será arriesgado, sobre todo si tenemos en cuenta que se tratará, con frecuencia, de personas de diferentes razas en que tal cálculo “a ojo” puede dar lugar a equívocos. La práctica nos ha deparado tanto experiencias de supuestos adultos que resultaron tener finalmente una edad inferior a los catorce años, como casos en que se producía justamente lo contrario. Por regla general, cuando se duda que alguien sea menor esa sombra de duda puede abarcar toda la horquilla que va desde los trece a los diecisiete años, y por elemental prudencia deberá partirse siempre de la competencia judicial para ordenar las pruebas a fin de solventar esa duda. Cuestión distinta es que de modo palmario el autor de los hechos sea un niño de corta edad visiblemente impúber. Pero en casos tan evidentes no serían necesarias, probablemente, pruebas de ningún tipo, como indica la Circular 2/06 de la FGE, aunque la misma se refiera no a estos casos de comisión de delitos, sino a menores extranjeros no acompañados en situaciones de desamparo²².

En este mismo sentido, una de las Conclusiones acordadas en el Curso de Policía judicial y jurisdicción de menores (Madrid, CEJ, 21 a 23 de setiembre de 2009) señaló que *no parecen acertadas con carácter general las previsiones de los ap. 3.15.h y 3.3.3 c (de la Instrucción 11/07, de 12 de setiembre de la Secretaría de Estado de Seguridad) de que sea el Fiscal quien deba acordar las pruebas cuando “se dude si el imputado es menor de 14 años”*

Queda claro, pues, de todo lo expuesto, que en las detenciones policiales la competencia para ordenar las pruebas para la determinación de la edad no corresponderá al Fiscal.

Sin embargo, el aserto anterior no obsta para que, una vez se instruyan en la Sección de Menores de una Fiscalía diligencias o expediente contra algún imputado que inicialmente apareciese como menor de edad, si durante la investigación sobreviene la duda acerca de tal minoría (o sobre si fuese menor de 14 años) sea el propio Fiscal de la Sección, en cuanto instructor, quien ordene las pruebas médico

²² La Circular 2/06 *sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España* dice en este punto que *si el menor extranjero indocumentado es por sus características físicas indubitadamente menor de edad, no concurriendo el presupuesto de hecho del art. 35 LE, lo procedente será ponerlo a disposición de la Entidad Pública de Protección de Menores, sin la realización urgente de pruebas previstas en el precepto de referencia y sin perjuicio de las ulteriores gestiones para determinar la concreta edad del menor, que habrán de tener trascendentes efectos jurídicos, gestiones a practicar por su tutor legal.*

forenses correspondientes²³ para despejar dichas dudas, o las diligencias para comprobar la veracidad de un documento que se presente posteriormente donde conste la supuesta edad.

II.-6 PRESENCIA DE LOS REPRESENTANTES LEGALES EN LA DECLARACIÓN. LA REPRESENTACIÓN SUBSIDIARIA DEL MF (Art. 17.2 LORPM):

El art. 17.2 de la LORPM prevé que la declaración del menor detenido sea con asistencia de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–.

Pero, a continuación el mismo artículo excluye esa representación de padres tutores o guardadores, “cuando las circunstancias aconsejen lo contrario”, excepción que normalmente se aplica cuando pueda existir una contraposición de intereses (padres víctimas del delito cometido por el menor, cada vez más frecuentes ante la proliferación de asuntos de violencia intrafamiliar) o coautoría en el delito. En esos supuestos, o en caso de ausencia de quienes deberían hacer de representantes, se prevé la “representación subsidiaria” del Ministerio Fiscal, con asistencia de un Fiscal distinto del instructor del expediente.

²³ Siguiendo a FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, MARÍA BEGOÑA. *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*. Thomson-Aranzadi. Pamplona, 2007, página 163 y ss.

Las pruebas que generalmente se utilizan son:

- *Greulich-Pile*. Análisis radiológico de los huesos de la muñeca y la mano izquierda y su comparación con unas tablas previamente elaboradas mediante estudios estadísticos que recogen el desarrollo de estos huesos a diferentes edades.
- *Sauvegrain*. Se realiza una radiografía del codo que se compara con unas muestras. Es barato y rápido pero sólo se puede utilizar para niñas de entre 9 y 13 años y niños entre los 11 y 15.
- *Risser*. Muy exacto. Se trata de una radiografía de la cresta ilíaca (cadera) para comparar con muestras. Su contraindicación es que se deben radiar las zonas genitales.
- *Tanner Whitehouse*. Es el más exacto de los métodos radiológicos. Es barato pero se requiere tiempo. Tras una radiografía, cada hueso de la mano y de la muñeca se clasifica en 8 ó 9 estadios a los que se asigna una puntuación. El total representa una edad muy precisa.
- *Ortopantomografía*. Es una radiografía panorámica de ambos maxilares. Se determina la edad por el desgaste de dientes y muelas. Más caro que una radiografía ósea, es más fiable, pero necesita tiempo y un detenido análisis.
- *Diamant Berger*. Es el más exacto de todos los procedimientos y apenas tiene error. Es una resonancia magnética para medir los cartílagos del crecimiento. Es lento y muy caro.
- *Estudio físico*. Examen del vello y del desarrollo de los órganos genitales. Sólo sirve para completar otras pruebas. Barato y rápido.

La técnica más utilizada es el Greulich-Pile, barata y rápida, pero poco precisa ofreciendo una horquilla amplia en exceso, por lo que entendemos, por nuestra parte, que el médico forense debería, a partir del examen del imputado, aquilatar en la medida de lo posible esa franja.

La verdad es que a estas alturas puede decirse que se han agotado los calificativos que, desde el principio, mereció entre los Fiscales tan desafortunada previsión legislativa, que ignora el principio de unidad de actuación del Ministerio Público. Se ha llegado a decir que el precepto es extravagante²⁴, “hilarante”²⁵, “absurdo”²⁶, “kafkiano”²⁷... Humorísticamente, en algún trabajo doctrinal, incluso se llega a denominar “Fiscal papá”²⁸ al segundo Fiscal distinto del instructor que asume la labor de representación.

La redacción original del artículo no contenía semejante previsión, pues el texto del Proyecto se limitaba a decir que *toda declaración que preste el detenido se llevará a cabo en presencia de su Letrado defensor y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, o, en su defecto, del Ministerio Fiscal*. El añadido posterior que configura la norma vigente fue producto de una desafortunada enmienda en vía parlamentaria. Sin extendernos más en este aspecto, tampoco parece

²⁴ Transcribimos a continuación los términos con que nos referíamos a esta norma en un trabajo anterior, del año 2000, durante el período de *vacatio legis* de la LORPM: “...parece como si el legislador no concibiera que fuese el mismo representante del Ministerio Fiscal el que asumiese las funciones de representación, defensa y protección del menor (art. 3-7 Estatuto) el que luego instruyera el expediente de reforma para la aplicación al menor de la medida educativa y sancionadora adecuada a sus circunstancias y a las del hecho cometido; parece como si se entendiese que una función no fuera compatible con otra y la única forma de solventar la situación es que un Fiscal supla a los representantes legales del menor y otro Fiscal distinto continúe luego la instrucción del expediente. El artículo en este punto no nos puede merecer un juicio más severo; nos parece verdaderamente extravagante. En realidad lo que evidencia es un desconocimiento palmario de la configuración constitucional y estatutaria del Ministerio Público, que tiene como uno de sus principios informadores básicos el de unidad de actuación (art. 124-2 C.E. y art. 2-1 Estatuto Orgánico). En ese marco de unidad de actuación resulta ficticio y absurdo pretender diferenciar como incompatibles la función de representación y garantía de los derechos del menor, por un lado, de la instrucción del expediente por otro, asignándolas a dos representantes distintos de la Institución. El Ministerio Público es único, con independencia de quien lo represente en cada momento, no existiendo así la posibilidad siquiera de incompatibilidad entre lo que no son sino distintas manifestaciones de las misiones que le son constitucionalmente encomendadas. En conclusión, a mi juicio no debe existir, a pesar de lo que diga el artículo, inconveniente alguno para que la persona del Fiscal que esté presente en la declaración, en ausencia de los representantes del menor, sea la misma que luego instruya, pues nuestra Carta Magna (art. 124-2) estará siempre por encima de los términos desafortunados que se emplean en este artículo” (GARCÍA INGELMO, FRANCISCO M., *El Fiscal y la instrucción del procedimiento de menores*, Curso sobre L.O 5/2000 de Responsabilidad Penal de los Menores, Málaga 11 y 12 de mayo y Sevilla 18 y 19 de mayo de 2000, organizado por el C.E.J.A.J y la Consejería de Gobernación y Justicia de la Junta de Andalucía).

²⁵ GÓMEZ RECIO, FERNANDO, op. cit, en el mismo sentido empleando ese adjetivo y censurando desde la perspectiva del principio de unidad de actuación.

²⁶ DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS op. cit, p. 170, empleando varias veces tal calificativo y refiriéndose al principio de unidad de actuación también.

²⁷ DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III-2001, se refiere a “situaciones kafkianas”, con críticas desde idéntico enfoque.

²⁸ CARTAGENA PASTOR, FAUSTO, op cit.

claro que el legislador supiera a ciencia cierta que pretendía con semejante enmienda²⁹.

No merece la pena extendernos más en este aspecto que, desde luego, ha merecido el rechazo unánime de la Carrera Fiscal³⁰, que ha abogado desde el primer momento por la derogación de una norma tan absurda como entorpecedora, pues su cumplimiento, como se refleja en las Memorias de las Fiscalías provinciales, dilata en ocasiones la detención del menor al tener que cumplir esas funciones de “segundo Fiscal” un Fiscal del servicio de guardia que, frecuentemente, cuando estas incidencias se producen fuera de las horas de audiencia, debe desplazarse de una sede a otra³¹.

Sólo cabe, pues, confiar en la derogación de este precepto en una eventual revisión legislativa, pues pervivió sin ninguna razón tras la reforma de la LORPM por LO 8/2006, amén de repetirse en idénticos términos en el art. 3.2 del Reglamento de desarrollo de la LORPM de 30 de julio de 2004.

Entretanto, y respecto a su aplicación, referiremos alguna consideración de interés extraída de la práctica de algunas Fiscalías, así como algunas precisiones recientes de la FGE.

²⁹ Tanto DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL *La responsabilidad pena...* (op. cit) como FIERRO GÓMEZ, en *La instrucción...* (op. cit) se refieren a la extraña justificación de la enmienda parlamentaria que dio origen al precepto. La diputada del Grupo Mixto, Lasagabaster Olazábal lo hacía en base a que “la referencia al Ministerio Fiscal es imprecisa. Si con ello se quiere indicar –como parece lógico- un miembro del Ministerio Fiscal distinto al que instruye el expediente, debe decirse expresamente. Si no es así, la referencia carece de sentido”.

En el Boletín del Congreso de 16-3-99, también se apuntaba que “es discutible que necesariamente deba estar presente en la declaración quien ejerza la patria potestad, tutela o guarda del menor, porque en un buen número de ocasiones es una presencia perturbadora a causa de los entrenamientos (sic) existentes”. También se aludía al interés de los técnicos de protección de “quitarse de encima” a los menores conflictivos

Indica FIERRO GÓMEZ que *En estos extremos, los enmendantes parecían pensar en el Fiscal como una especie de “superasistente social” omnipresente, siempre al lado del menor, con preferencia a sus padres, tutores, guardadores o técnicos de protección.*

³⁰ Al margen de la Carrera Fiscal y como únicas excepciones conocidas que alaban esa norma, mencionaremos a ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, de su tratado *Derecho penal de menores*, Bosch 2001 “es algo muy positivo, puesto que se diferencian totalmente... sus funciones de protección... y las funciones de carácter penal”. De la misma opinión, MARTÍNEZ SERRANO, ALICIA, en *Justicia de menores: una justicia mayor*, CGPJ, Madrid, 2000.

³¹ Las propuestas de derogación son anteriores a su entrada en vigor y salpican las Memorias de las Fiscalías provinciales y las de la FGE. La primera propuesta, como tal, de derogación formalizada de modo institucional lo fue en la “Cumbre Nacional de Lanzarote: El Fiscal y la Ley del Menor”, celebrada en Lanzarote, los días 18 y 19 de octubre de 2001. La última, hasta la fecha, se recoge en la Memoria de la FGE de 2011: *la Fiscalía de Sevilla, entre otras diversas cuestiones, insiste un año más en que se debería prescindir de la obligatoriedad de un segundo Fiscal durante la declaración del menor cuando no exista representante legal del mismo, entre otras razones por la imposibilidad material de poder contar fuera de las horas de laborables con un segundo Fiscal, lo que obliga en ocasiones a mantener la detención más tiempo del necesario hasta que algún Fiscal de Guardia pueda desplazarse a la sede de la Sección de Menores.*

Desde el principio no fueron pocas las opiniones que, con apoyo en el 172.1 del CC y en el art. 12.1 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, entendieron que esas situaciones de ausencia de padres o adultos de referencia equivalían a situaciones provisionales de desamparo, lo que determinaría que la asistencia al menor, durante la declaración, correspondería a un representante de la entidad pública de protección³².

En esa línea de actuación, como se refleja en la Memoria de la FGE correspondiente a 2010, el problema parece que *se ha resuelto de modo satisfactorio en Barcelona pues, según señala esta Fiscalía, se ha suscrito un convenio entre la Policía Autonómica, la Entidad encargada de la protección de menores y la Dirección General de Justicia Juvenil, por el que se ha encargado a un equipo de educadores, de una entidad privada sin ánimo de lucro, la atención a los menores detenidos, que les dispensan el cuidado preciso mientras permanecen privados de libertad, garantizándoles los derechos previstos en los artículos 17.3 y 22 e) de la LORPM, asistiendo luego como representantes a los menores desprotegidos en las declaraciones ante el Fiscal y, si quedan en libertad, se encargan de proporcionarles la asistencia y protección debidas.*

La FGE en la Instrucción 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*, ha aclarado, no obstante, que la obligatoriedad en cuanto a la asistencia a la declaración del menor de los padres, tutores o guardadores, y la representación subsidiaria del Fiscal, se circunscriben a las declaraciones de los detenidos, no a las de menores imputados no detenidos, o a otras diligencias distintas de la declaración cuando estuvieran privados de libertad³³.

³² Así se expresa FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL, op cit: ... *cuando se trate de un menor detenido en situación de desamparo, la declaración del mismo habrá de practicarse en presencia del representante de la entidad pública, y no en presencia de un segundo Fiscal. Y como ya se ha señalado anteriormente, cualquiera que sea la nacionalidad del mismo. Por lo que en todos aquellos casos en que se acredite la existencia de un menor nacional o extranjero detenido en situación de desamparo deberá ser puesto en conocimiento de los servicios públicos competentes. Supuesto éste, muy habitual en la actualidad, sobre todo tratándose de menores extranjeros.* Esta representación por parte de la entidad pública es común en algunas Fiscalías.

³³ Según dicha Circular: “Es requisito legal inexcusable para la declaración del menor detenido, tanto en dependencias policiales como en Fiscalía, la presencia de los padres tutores, acogedores o guardadores, conforme al art. 17.2 LORPM.

La preceptiva presencia de padres, tutores o guardadores se restringe expresamente a la diligencia de declaración del menor detenido. Para el resto de diligencias, aún estando privado de libertad el menor, entraría en juego la previsión contenida en el art. 22.1.e) de la LORPM, no procediendo autorizar la asistencia de padres y representantes en aquellas diligencias que resulten incompatibles con su desarrollo, como la rueda de reconocimiento”.

Por el contrario, cuando se trata de menores no detenidos, según la misma Circular 9/2011:

“La asistencia de los padres o representantes a la exploración como imputado de un menor no detenido no es un requisito preceptivo procedimental, sino un derecho que corresponde ejercitar al menor, conforme al art. 22.1.e) de la LORPM.

Si un menor no detenido acudiera a la citación para declarar en Fiscalía en calidad de imputado sin acompañamiento de persona adulta, si se apreciara en el menor suficiente discernimiento, e informado de su derecho, renunciara formalmente a la presencia de sus padres o representantes, se podrá proceder a recibirle declaración sin representante legal y sin que entre en juego la previsión del art. 17.2 de representación a cargo de un miembro del Ministerio Fiscal”.

En este punto, la FGE acogió la práctica seguida ya en algunas Fiscalías y las opiniones, plasmadas en diversos trabajos doctrinales, conforme a las que la asistencia al menor se configura como un imperativo legal cuando está detenido, pero constituye un derecho facultativo, que puede ejercer o no, conforme a lo previsto en el art. 22.1 e) de la LORPM, en el resto del procedimiento³⁴.

Igualmente, la misma Circular 9/2011 contempla otros dos supuestos referidos a detenidos, el de los menores emancipados detenidos y el de los mayores de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores.

En cuanto a los menores emancipados, distingue entre los formalmente emancipados respecto a los que reputa innecesaria la asistencia de los padres a la declaración del menor detenido, mientras que, por el contrario, en los supuestos de emancipación tácita, por vida independiente del art. 319 CC, entiende que los padres deben representar a los hijos en la declaración de éstos como detenidos.

En las declaraciones de mayores de edad, que fueren detenidos por delitos consumados durante su minoría de edad, para la FGE *no procede la presencia de sus padres, sin perjuicio de que sigan beneficiándose del resto de derechos y garantías previstos para los menores en la LORPM, entre ellos los plazos de detención previstos en el art. 17.4 y 5 LORPM.*

II.- 7 ASISTENCIA LETRADA:

Una de las cuestiones más polémicas que se suscitó tras la entrada en vigor de la LO 5/2000 fue la referida a si el menor detenido tenía derecho a la entrevista reservada con su letrado antes de la declaración en dependencias policiales, a diferencia de lo previsto para los adultos en el art. 520 6 c) de la LECrim, que deja claro que la entrevista reservada lo será, en todo caso, al término de la diligencia de declaración.

La LORPM en el art. 17.2 nada decía explícitamente sobre el particular, sino que se limitaba a disponer escuetamente que *toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado*. La controversia surgió a propósito de la interpretación del art. 22.1 b) donde, entre los derechos del menor tras la incoación del expediente, se recogía su derecho a entrevistarse reservadamente con el letrado, incluso antes de prestar declaración³⁵.

Sobre la polémica de si la previsión del art. 22.1 b) era extensible a la declaración en dependencias policiales se pronunció en sentido positivo la FGE en la Consulta 2/2005, promovida por la Fiscalía de Valencia. El tema quedó

³⁴ Véase SÁNCHEZ ALCARAZ, PILAR, *El Interrogatorio del menor. Las pruebas Testifical y Documental*. Curso La prueba en el proceso penal de menores, 1-2 de marzo de 2011, Madrid CEJ

³⁵ A propósito de toda esta cuestión, véase, entre otros trabajos ilustrativos de las opiniones encontradas en su día sobre el particular los de FIERRO GÓMEZ, AVELINO, *La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2002; DE LA ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*, Cuadernos de Derecho Judicial, III-2001; o DOLZ LAGO, MANUEL JESUS (op. cit p. 177).

definitivamente zanjado con la reforma de la LORPM por LO 8/2006, que introdujo un segundo párrafo en el art. 17.2: *el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración*³⁶.

Entiendo que la única excepción posible a esa entrevista reservada podría darse en el caso de delitos de terrorismo, teniendo en cuenta el último inciso del art. 17.4 que remite al art. 520 bis LECrim y lo dicho en este punto, precisamente, en la Consulta 2/2005: *debe en todo caso recordarse la vigencia del pronunciamiento contenido en la Circular 2/2001 en el sentido –por lo que ahora interesa- de que el detenido menor de edad incomunicado (en relación con delitos de naturaleza terrorista) en principio gozará de los derechos propios de todo menor detenido pero no podrá designar abogado de su elección, por lo que el letrado que le asista será de oficio y no podrá entrevistarse reservadamente con su abogado, ni antes ni después de su declaración*. No obstante, como veremos más adelante, la propia FGE ha propuesto como reforma legislativa en la Memoria de 2011 la derogación de ese último inciso del 17.4, referido a casos de terrorismo.

Dejando de lado tal cuestión, ya resuelta, la misma sirve como botón de muestra de la intención legislativa de reforzar a lo largo del articulado de la LORPM el derecho de asistencia letrada a los menores imputados, en relación al paralelo derecho de los adultos en la LECrim³⁷.

Otro ejemplo claro -y discutido-, lo constituye la obligatoriedad de asistencia letrada (art. 22.2 LORPM) cada vez que se incoa expediente, aunque se trate de un hecho constitutivo de falta, a diferencia del juicio de faltas de adultos, en que la designación de letrado por el denunciado es facultativa (art. 967.1 LECrim).

Ese mismo criterio ha servido de pauta inspiradora de la FGE al interpretar la normativa de la LORPM y no sólo en la Consulta 2/2005.

A ese respecto y en relación a los menores detenidos por delitos contra la seguridad vial, la Circular 9/2011 de la FGE, concluye que *cuando un menor sea detenido por la comisión de un delito contra la seguridad vial no cabe su renuncia a la asistencia letrada en dependencias policiales, pues no procede la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 520.5 de la LECrim, dados los términos taxativos de los arts. 17 n° 2 de la LORPM y 3.2 de su Reglamento que prevén inexcusablemente la presencia de abogado en la declaración*.

³⁶ POLO RODRÍGUEZ, JOSÉ JAVIER y HUÉLAMO BUENDÍA, ANTONIO (op.cit p.90) no obstante la interpretación de la FGE en la citada Consulta 2/2005, señalan que *el hecho de que el legislador introduzca esta precisión en el art. 17 de la Ley, viene a corroborar nuestra tesis de que conforme a la legislación que estaba vigente antes de la reforma, este derecho del menor no era reconocido en fase de investigación policial, ya que de lo contrario ningún cambio legislativo debería haberse producido...*

³⁷ Lo cierto es que la tendencia legislativa parece decantarse por extender también a los adultos el derecho previo a la entrevista reservada con el letrado antes de la declaración policial, pues resulta sintomático que se recoja así en el Borrador del CPP de 2013, en el art. 168.2 a) : *Se entrevistará reservadamente con el detenido para prestarle asesoramiento con anterioridad y al finalizar la diligencia para la que hubiere sido requerido...*

La Circular salió así al paso de alguna duda interpretativa que había surgido sobre si cabía o no la renuncia del menor a la asistencia letrada en dependencias policiales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 520.5 LECrim, negando la FGE tal posibilidad³⁸.

II.-8 LUGARES DE DETENCIÓN:

Conforme al artículo 17.3 LORPM *mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección, y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo, y características individuales*. En parecido sentido el art. 3.3 del Reglamento de la LORPM.

Uno y otro artículo deben ponerse, a su vez, en relación al art. 54 de la LORPM cuando establece que *las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal*.

Aunque del contenido de este art. 54 pueda parecer que el legislador pretende que las detenciones se materialicen en centros específicos de recepción de menores³⁹, entendemos que dicho precepto no debe interpretarse según da a entender su estricta literalidad, ya que no sería operativo que cada vez que se produjese la detención de un menor y mientras se instruye el atestado (incluso una vez puesto a disposición del Fiscal el detenido) éste deba ser trasladado a un centro de reforma. Semejante interpretación podría ser por completo contraria al interés del menor, pues supondría

³⁸ Argumenta la Circular que :

“No cabe tal renuncia puesto que no cabe tampoco en este punto la aplicación supletoria de la LECrim. Ello es así porque la supletoriedad de la LECrim, a la que remite la DF 1ª de la LORPM, queda exceptuada cuando se trata de materias que tienen una regulación suficiente en la legislación de menores y cuando las previsiones concretas de la LECrim sean incompatibles con los principios informadores de la Justicia Juvenil.

En el presente caso concurrirían uno y otro presupuesto para rechazar la aplicación supletoria de la previsión específica contenida en el art. 520.5 de la LECrim a los menores detenidos.

La detención de los menores se regula en el art. 17 de la LORPM. La taxatividad de los términos del nº 2 de dicho artículo, estableciendo que *toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado*, no deja margen a la excepción ni a la integración supletoria del precepto. En idénticas palabras se expresa el art. 3.2 del Reglamento de la LORPM (RD 1774/2004, de 30 de julio).

Semejante planteamiento es congruente con los principios mismos sobre los que se articula la LORPM, que ha optado por unos mecanismos reforzados en cuanto a la asistencia letrada del menor, que van más allá de los previstos para adultos en la LECrim, tal y como se expresó por la Fiscalía General del Estado en las Consultas 2/2005 *sobre derecho a la entrevista reservada con letrado* y 4/2005 *sobre determinadas cuestiones en torno a la asistencia letrada en el proceso penal de menores...*”

En el mismo sentido que la Circular se habían pronunciado también ya opiniones doctrinales: así GÓMEZ RECIO, FERNANDO (op. cit) y, posteriormente, PARICIO RODRÍGUEZ, MARIA ROSARIO, esta última en su ponencia *Cuestiones relativas a la seguridad vial*, presentada en las Jornadas de Delegados de Menores de Toledo (17-18 de octubre de 2011), recogiendo como una de las conclusiones de dichas Jornadas la irrenunciabilidad a la asistencia letrada en estos delitos del menor detenido.

³⁹ DOLZ LAGO, MANUEL JESUS (op. cit p. 171).

el paso innecesario durante unas horas de numerosos menores por un centro de internamiento -con todo lo que ello supone-, prolongando inútilmente su detención en traslados. Eso afectaría, además, a un amplio segmento de menores que en muchos casos carecerían de cualquier tipo de conflictividad que lo justificase y para los que, en muchos casos, se podría archivar luego el asunto por aplicación del principio de oportunidad conforme al art. 19 o incluso 18 LORPM. En idéntico sentido GÓMEZ RECIO⁴⁰.

Lo ideal es que, mientras dure la detención policial, el menor detenido se encuentre en dependencias policiales que reúnan las condiciones a que hace referencia el art. 17.3 de la LORPM⁴¹.

⁴⁰ Indica este autor: *Según el tenor literal de este precepto pudiera parecer que toda detención de un menor de edad debe desarrollarse y cumplirse en un centro específico de menores a cargo de cada Comunidad Autónoma. Sin embargo en lo que respecta a la detención policial esto sería sencillamente inoperativo, ya que el menor se encuentra detenido para realizar una serie de averiguaciones que obviamente deben practicarse en las mismas dependencias policiales. Por otra parte, dada la penuria en centros que padecemos, los traslados desde las dependencias policiales al centro y del centro a las dependencias policiales podrían hacer de la detención un calvario. A nuestro juicio la detención policial puede perfectamente desarrollarse en departamentos policiales, de los que saldrá el menor en libertad o en dirección a la Sección de Menores de la correspondiente Fiscalía. Estas dependencias deberán cumplir con las exigencias previstas en el artículo 17.4 LORPM...* GÓMEZ RECIO(op. cit)

⁴¹ El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes –establecido en el marco del Convenio del Consejo de Europa de 1987 del que nuestro país es parte- ha establecido una serie de estándares mínimos para la detención tanto de adultos como de menores. En lo que concierne a las condiciones de los establecimientos, es de reseñar que el Comité ha expresado (CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2010) que *La custodia policial tiene en principio una duración relativamente breve. Por consiguiente, no se puede esperar que las condiciones físicas de la detención en las comisarías de policía sean tan buenas como en otros sitios de detención donde las personas pueden ser retenidas durante largos períodos de tiempo. Sin embargo, deberán cumplirse ciertos requisitos materiales elementales.*

Todas las celdas de la policía deben estar limpias, tener un tamaño razonable para el número de personas que suelen acoger, y estar debidamente iluminadas, deben equiparse de forma que propicien el descanso... deben facilitarse colchones y mantas limpias a las personas obligadas a permanecer toda la noche bajo custodia. Éstas deberán poder atender en todo momento sus necesidades fisiológicas en condiciones higiénicas y decentes, y deberá ofrecerse a las mismas instalaciones adecuadas para su aseo personal. Se les debe garantizar el acceso en todo momento a agua potable y una comida completa al menos una vez al día...debería ofrecerse a las personas que permanecen bajo custodia policial durante 24 horas o más la posibilidad de hacer ejercicio al aire libre todos los días.

Es de reseñar que el último informe realizado por el CPT en relación con las condiciones de las instalaciones españolas exigió que las mismas fueran revisadas tanto en Guardia Civil como en Policía Nacional y que se prestara particular atención a la iluminación, ventilación, higiene y provisión de colchones por la noche. Nuestro Gobierno contestó (CPT/Inf [2011]12; Estrasburgo, 25/03/2011; página 63):

“Los calabozos de las Comisarías no tienen la condición de centros penitenciarios sino de lugares de custodia de detenidos en los que la estancia es la mínima. Esta distinción no implica, por supuesto, que los calabozos de las Comisarías de Policía estén “exentos” de toda reglamentación ni justifica el deficiente estado en que muchos de ellos se encuentra, pero sí puede contribuir a explicar que dicho estado puede llegar a producirse, en primer lugar, por la frecuencia de personas que por ellos pasan, y el uso de los mismos. Además, el hecho de que sean lugares destinados a una estancia mínima del detenido en ellos, estancia cuyo plazo máximo, como se ha visto, viene regulado por ley, es el motivo por el que no es posible aplicar a estas dependencias algunos de los servicios y prestaciones que actualmente tienen los centros penitenciarios, como es el caso de lugares para la práctica de ejercicio al aire libre, para ocio y esparcimiento, para la realización de trabajos, etc.

No obstante lo anterior, es claro que las dependencias de detención son susceptibles, desde luego, de mejora. Y, excepcionalmente, puede haber alguna que no reúna las características que demanda el CPT. Sin embargo, huelga decir que la adecuación de las dependencias es un tema de amplia complejidad,

Tal cuestión es la primordial, mientras que tendrá un carácter más accesorio si conviene o no que la detención policial se materialice en unas dependencias centralizadas -ubicadas incluso en la sede de las Fiscalías-, a las que se traslade en todo caso los menores puestos a disposición del Fiscal, pues esa conveniencia o no dependerá de la organización o incluso dimensiones y peculiaridades de cada provincia o demarcación⁴².

II.-9 PUESTA EN LIBERTAD O A DISPOSICIÓN DEL FISCAL:

Se procuró especialmente por el legislador que la detención del menor durase “el más breve período que proceda” (art. 37 Convención sobre los Derechos del Niño) y así no sólo se indica que *la detención de un menor por funcionarios de Policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos* (art. 17.4), sino que se concretó un plazo máximo de duración que se reduce a veinticuatro horas –frente a las setenta y dos horas de los adultos de los artículos 17.2 C.E. y 520.2 L.E.Criminal- transcurridas las cuales el menor deberá ser puesto en libertad o a disposición del Fiscal⁴³.

Al llegar aquí, debemos enlazar con una cuestión ya planteada en el apartado II.3, la relativa a cuándo procede que las fuerzas policiales acuerden la libertad y cuándo la puesta a disposición del Fiscal.

que requiere, en primer lugar, de fondos suficientes, que estarán en función de la disponibilidad presupuestaria que se tenga tras efectuar la consiguiente priorización en la previsión anual de gastos y en las posibles inversiones extraordinarias que se generen. Pero, además, hay que tener en cuenta que dicha previsión no resulta fácil, no sólo desde un punto de vista económico, sino funcional, Prever el número de detenidos que va a haber en un día, o efectuar la medida de un año, es difícil y no siempre implica que ese número previsto se mantenga” (Fuente: MEMORIA DE LA FISCALÍA PROVINCIAL DE ALICANTE 2011)

⁴²Precisamente en la Memoria citada de la Fiscalía de Alicante correspondiente a 2011 se dice que: *Dado el número, las circunstancias y las características de la jurisdicción de menores (de ámbito provincial) carece de sentido tener una dependencia en cada área de la provincia en vez de una centralizada en la capital, lugar al que finalmente van a acudir los menores detenidos cuando así lo estime oportuno el Fiscal correspondiente. El sistema unificado, vigente en Barcelona con excelente resultado, permite disponer de unas instalaciones adecuadas (bastaría con un máximo de 5 ó 6 calabozos en total) y perfectamente adaptadas a la normativa y recomendaciones internacionales, evitando los innumerables inconvenientes que esta dispersión genera en las dependencias policiales y de la Guardia Civil ya de por sí desgraciadamente infradotadas.*

Insisto en que lo primordial son las condiciones de los lugares de detención y su centralización o no dependerá de las circunstancias y peculiaridades organizativas de cada lugar. En Madrid, aunque existen unos calabozos “centralizados” del GRUME en la sede de Fiscalía y Juzgados, no todos los menores son trasladados allí (en función de los medios y organización de cada Comisaría) y, desde luego no si la Comisaría que practica la detención considera, por las características del hecho, la puesta en libertad del menor.

⁴³ Parece igualmente que las nuevas orientaciones legislativas respecto a los adultos tienden a reducir los plazos de detención. En los arts 165 y 166 del Borrador de CPP de 2013 –si bien de forma un tanto confusa- el plazo máximo de detención, previsto con carácter general, se limita a 48 horas, salvo que el Fiscal pueda acordar, dictando decreto de detención, que se amplíe hasta las 72 horas desde el mismo momento de la detención.

Como ya se apuntó *supra*, la notificación al Fiscal de la detención (art. 17.1) no implica ni obliga a un pronunciamiento de éste sobre la situación personal del menor. Tal y como queda configurado el art. 17.4 de la LORPM la toma de dicha decisión es responsabilidad de la fuerza actuante y es significativo que la propia Instrucción 11/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad, aprobando el “Protocolo de actuación con menores” para nada mencione que la actuación policial en este punto deba estar a expensas de la decisión del Fiscal.

Ahora bien, con independencia de que la fuerza instructora del atestado pueda aprovechar ese trámite del art. 17.1 -sobre todo si se realiza telefónicamente-para intentar derivar al Fiscal la responsabilidad de tal decisión, lo cierto es que la LORPM atribuye al Fiscal la dirección personal de la investigación de los hechos y la instrucción del procedimiento (arts 6, 16.1 y 23.1 LORPM).

Lo anterior supone que el Fiscal, siempre que se comunique debidamente la detención, no puede sustraerse a tal responsabilidad, pues, en último término, aunque la fuerza policial comunique o anticipe la decisión de puesta del menor en libertad o a disposición del Fiscal, siempre podrá dirigir órdenes en sentido contrario o para que se practiquen en el atestado determinadas diligencias que puedan esclarecer los hechos y la participación del menor.

Lo anterior no implica que las funciones de la Policía y del Fiscal se deban confundir. La Policía tiene una responsabilidad dentro de su ámbito de actuación y no es la menor, ciertamente, la de la elaboración diligente del atestado, practicando todas las diligencias esenciales para concretar hechos e intervención de partícipes.

La referida Instrucción 11/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, lo que sí dice en su Apto. 4.9.3 es que *aquellas diligencias no imprescindibles, que alarguen innecesariamente el tiempo de detención y que puedan ser efectuadas posteriormente, no se incluirán en el atestado pero se consignarán los datos suficientes que permitan al Fiscal de Menores efectuarlas, si lo considera pertinente.*

Pero, ni que decir tiene que tal previsión no pasa de constituir una normativa interna policial, y no obsta para que el Fiscal antes, o después de la puesta a disposición del detenido, pueda dar las órdenes oportunas para que se complete el atestado, evitando situaciones concretas en las que precipitadamente pueda ponerse al menor en libertad o a disposición del Fiscal⁴⁴.

⁴⁴ A alguna de esas situaciones patológicas se refería en 2002 FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL (op.cit) en los siguientes términos:

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

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

Debemos rechazar automáticamente que estas situaciones se produzcan, y conforme autoriza la propia LORPM, en su art. 6, ordenar a la policía judicial que practique todas las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos y la participación del menor en los mismos, agotando en su caso el plazo legal de veinticuatro horas establecido, y dando órdenes precisas sobre qué diligencias imprescindibles

Todo lo anterior, esto es, la toma de postura activa del Fiscal respecto a las diligencias policiales a practicar, y la puesta o no a disposición del menor, nos lleva a retrotraernos y a enlazar con lo dicho en el Apartado II.3 y nota 11 sobre la necesidad de que al Fiscal se le haga llegar copia del atestado (o lo que en el mismo se hubiera actuado), pues sólo así podrá decidir con conocimiento de causa y sin temor a las situaciones equívocas que propicia la simple comunicación telefónica. Esto no supone excluir, en modo alguno, esta forma de comunicación, necesaria por otra parte, pero una decisión de trascendencia no puede depender tan sólo de ella.

Con el fin, no obstante, de delimitar mejor las funciones de cada cual y, sobre todo para que, en términos generales, las fuerzas policiales conozcan aquellos delitos por los que debe ponerse a disposición siempre a los detenidos menores, no deja de ser conveniente, como se ha hecho en algunos lugares (Madrid, Sevilla, Teruel etc.), que se impartan unas órdenes generales escritas a los Jefes Superiores de Policía y Comandancias de Guardia Civil o Policías Autonómicas.

Sobre las ventajas de hacerlo se pronunció ya en su día algún autor⁴⁵.

Tales instrucciones generales, por supuesto, no son óbice para las que, comunicado el caso concreto, se puedan dar por el Fiscal del servicio de guardia. Pero las de carácter general podrían tener, además, otra ventaja añadida a efectos internos, especialmente en aquellas Secciones con más volumen de asuntos y de Fiscales adscritos: la unificación de criterios del Ministerio Fiscal, mostrada sin fisuras de cara al exterior.

Normalmente tal puesta a disposición se materializa cuando se trate de delitos graves, determinadas modalidades de delitos menos graves en los que pueda concurrir violencia o intimidación (robos violentos, agresiones sexuales, violencia intrafamiliar o de género...), robos con fuerza en casa habitada⁴⁶, reiteración delictiva...

En las últimas Jornadas de Fiscales Delegados de Menores (Granada, 15, 16 de abril de 2012), se debatió esta materia, adoptándose una serie de Conclusiones sobre

han de ser practicadas, a fin de que una vez recibidas por el Fiscal, pueda tener base suficiente para que pueda decidir si procede su puesta en libertad, o en caso contrario, solicitar una medida cautelar, y puesta a disposición del Juez de Menores.

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

⁴⁵ Así, MARTÍN ROBREDO, LUIS (op. cit) opinaba que “en aras a la unificación de criterios tan deseable en las actuaciones propias del Fiscal, sería conveniente que cada Fiscal Jefe, en lo que se refiere a la puesta a disposición o no de menores de edad encartados en delitos, impartiera a las fuerzas y cuerpos de seguridad una instrucción en el sentido de establecer unas pautas de orden general...”

⁴⁶ A título sólo de ejemplo esas son, más o menos, las líneas maestras de la Instrucción de 23 de diciembre de 2008 del Fiscal Superior de Madrid en la Instrucción al jefe Superior de Policía de Madrid

la *conveniencia de impartir instrucciones escritas desde cada Sección a las fuerzas policiales.*

En tales Conclusiones se estimó recomendable que desde cada Fiscalía puedan impartirse por escrito órdenes generales dirigidas a los mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de sus respectivos territorios, sobre criterios generales de actuación, procedimiento y puesta a disposición de los menores detenidos. Tales órdenes, por su carácter general, debe entenderse que lo son sin perjuicio de las que puedan impartirse por el Fiscal de guardia para cada caso concreto⁴⁷.

⁴⁷ Transcribimos literalmente el contenido de dichas Conclusiones respecto a esta materia:

**“IV. INSTRUCCIONES DEL FISCAL A LAS FUERZAS Y CUERPOS DE
SEGURIDAD EN RELACIÓN AL SERVICIO DE GUARDIA
CONVENIENCIA DE IMPARTIR INSTRUCCIONES ESCRITAS DESDE CADA SECCIÓN A LAS
FUERZAS POLICIALES**

1ª Es recomendable que desde las Secciones de Menores se dirijan por escrito órdenes generales a los mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de sus respectivos territorios, sobre criterios generales de actuación, procedimiento y puesta a disposición de los menores detenidos, para cumplir estos tres objetivos:

- Despejar las dudas más frecuentes en la praxis policial
- Facilitar la función del Fiscal durante el servicio de guardia
- Mostrar sin fisuras, de cara al exterior, la unidad de criterio del Ministerio Fiscal en su actuación.

2ª Tales pautas deberán entenderse siempre con carácter general, y no serán óbice para las órdenes específicas que se puedan dar por el Fiscal de guardia, a la vista de las circunstancias concretas concurrentes, una vez le sea comunicada la detención del menor conforme al art. 17.1 de la LORPM.

FUNDAMENTO, ELABORACIÓN Y FORMA

3ª Para su elaboración e implantación, y a fin de garantizar su efectividad conviene:

- a) Un previo contacto con los mandos policiales de la provincia, a fin de sopesar los problemas concretos y medios existentes
- b) Recabar sugerencias de todos los Fiscales de plantilla que presten servicio de guardia de menores, aunque no estén integrados en la Sección.

4ª Sin perjuicio de su redacción por los Sres. Fiscales Delegados, las órdenes serán ser suscritas por los Fiscales Jefes Provinciales o, en su caso, Superiores, debiendo, las que en el futuro se impartan, ser supervisadas previamente por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores, de conformidad con la Instrucción 3/2008 de la FGE.

A este fin, la Unidad Coordinadora de Menores de la FGE elaborará esquemas generales de instrucciones relativas a la problemática más frecuente que se plantea en relación a los menores detenidos.

5ª Formalmente debe procurarse la máxima claridad y concisión al redactar estas instrucciones, evitando prolijos e innecesarios razonamientos, así como la trascripción literal de normas legales.

Deben dictarse con vocación de permanencia en el tiempo que consolide su aplicación, sin perjuicio de que los Fiscales Delegados revisen periódicamente su validez, vigencia y grado de cumplimiento, proponiendo en su caso, las modificaciones oportunas.

CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES

6ª El contenido vendrá determinado por las específicas circunstancias, medios y necesidades del territorio al que afecten.

Podrá incluir una relación de los supuestos más frecuentes de delitos por los que procede la puesta a disposición del Fiscal de los menores detenidos.

7ª En relación a la asistencia letrada, resulta conveniente incluir en las instrucciones que, conforme a lo previsto en la Circular 9/2011 de la FGE, cuando un menor es detenido por un delito contra la seguridad vial es inexcusable la presencia de abogado en su declaración (arts. 17.2 LORPM y 3.2 Reglamento 2004), no procediendo la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 520.5 de la LECrim.

**PUESTA A DISPOSICION O EN LIBERTAD DEL MENOR. REMISIÓN DE
COPIAS DE ATESTADOS**

II.-10 GRUPOS POLICIALES:

La previsión de la Disposición Final Tercera de la LORPM, de adecuar los Grupos de Menores de la Policía Judicial para establecer la adscripción de los funcionarios necesarios a las Secciones de Menores de las Fiscalías, no se ha desarrollado en muchos lugares.

Es cierto que, en aquellos sitios donde se ha hecho efectiva, puede presumirse, *a priori*, una mayor facilidad de comunicación y coordinación con la Fiscalía, con el previsible conocimiento previo de los criterios de actuación. Pero, aún así, -y por experiencia propia- esa adscripción tampoco puede considerarse como la panacea que resuelva todos los problemas, y entiendo que, sobre todo donde no existan grupos adscritos, la fijación de unos criterios generales de actuación, y unas reuniones previas con los responsables de los grupos de Policía Judicial, pueden suplir esa carencia⁴⁸.

II.-11 PLAZOS DE DETENCIÓN:

Según el 17.5 LORPM el Fiscal dispone de cuarenta y ocho horas “a partir de la detención” para resolver por lo que se refiere a la situación personal del menor, entre su puesta en libertad o a disposición del Juez de Menores cuando se estimase procedente solicitar alguna de las medidas cautelares del art. 28 de la Ley. La redacción de este número del artículo fue variando a lo largo de su tramitación

8ª El Fiscal de guardia puede dirigir a la Fuerza actuante las órdenes pertinentes de puesta en libertad del menor detenido o a su disposición, siguiendo los criterios generales establecidos o en función de las circunstancias de cada caso concreto.

9ª Antes de decidir el Fiscal sobre la libertad o puesta a disposición del detenido podrá recabar de la Fuerza actuante, en todo caso, que remita vía fax, o por otro medio que permita su fehaciente conocimiento, copia del atestado, a fin de tomar la decisión adecuada con pleno conocimiento de causa y ordenar, si procedieran, las diligencias policiales pertinentes para completar dicho atestado.

10ª De cada servicio de guardia se confeccionará un estadillo donde se reflejen las comunicaciones recibidas, el nombre de los detenidos, la situación en que queden y las causas incoadas.

OFICINA DE GUARDIA DE LAS SECCIONES DE MENORES

11ª En el ejercicio de las potestades autoorganizativas de cada Fiscalía, deberán proveerse, dentro de cada una, las disposiciones internas oportunas a fin de garantizar que el personal integrado en la oficina de guardia de menores – especialmente cuando se trate de funcionarios que no formen parte de la Sección - cuente con los conocimientos precisos para asegurar el normal desenvolvimiento del servicio y en concreto:

- Conocimiento de las instrucciones impartidas a las Fuerzas de seguridad
- Organización y normas de funcionamiento
- Manejo de las respectivas aplicaciones informáticas”

⁴⁸ En tal sentido, recoge la memoria de la FGE correspondiente a 2010 que:

“Comoquiera que aún no se ha hecho efectiva en numerosos lugares la previsión contenida en la Disposición Final Tercera, apartado cuarto de la LORPM, igual que en Memorias anteriores las Secciones de Menores que carecen de grupos de Policía Judicial especializada continúan reclamándolos (Pontevedra, La Coruña, Badajoz, Castellón...). Lo anterior contrasta, ciertamente, con las ventajas indiscutibles que resultan para aquellas otras Secciones que sí cuentan con grupos especializados que se ubican dentro de la misma sede de Fiscalía (Granada, Barcelona).

Cuando existen tales carencias se intentan suplir en no pocos casos desde las propias Fiscalías, volcando los esfuerzos en tratar de unificar los criterios de actuación en reuniones mantenidas con los mandos de los Cuerpos policiales correspondientes, como señala Lérida que ha realizado con los responsables del Cuerpo de Mossos d’Esquadra, supliendo así con eficacia, según entiende dicha Fiscalía, la ausencia de un GRUME específico.”

parlamentaria, puesto que en el Proyecto del 98 se preveía que el Ministerio Fiscal habría de resolver *dentro de las setenta y dos horas a partir de la detención*. La enmienda introducida separó el precepto del modelo de adultos, de forma que no dure en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, debiendo el Fiscal decidir sobre la situación personal del menor en el período de tiempo que reste de esas cuarenta y ocho horas contadas a partir de la detención, decaído el intervalo transcurrido en dependencias policiales que nunca superará las veinticuatro.

Del texto del art. 17.5, desde el primer momento, se censuró que mezclase lo relativo a la decisión sobre la situación personal del menor con lo que se refiere a la suerte del proceso, pues textualmente dice que el Ministerio Fiscal *habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento a que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente...*⁴⁹.

En todo caso, siempre fuimos de la opinión que tal problema, en la práctica, quedaba reducido a un defecto de técnica legislativa, pues si el menor detenido ha sido puesto a disposición, lo será normalmente porque concurre una situación de cierta gravedad que haga que resulte improcedente, por lo común, el desistimiento de la incoación contemplado en el art. 18; así, la verdadera disyuntiva, la mayoría de las veces, será la de optar entre la libertad del menor o su puesta a disposición del Juez de Menores con el fin de solicitar alguna de las medidas del art. 28, incoando en ambos casos expediente, pues éste siempre podrá ser archivado ulteriormente si procediera, conforme a las opciones que brindan el art. 19 y el 27.4.

La única excepción a estos plazos máximos la constituyen los supuestos de delitos de terrorismo, debido a la remisión que se hace en el art. 17.4, segundo inciso, de la Ley al 520 bis de la LECrim, a cuyos plazos habrá de estarse cuando se den esa clase de delitos. Así lo interpreta la Circular 1/2000 de la FGE. No obstante, la propia FGE en la Memoria correspondiente a 2011, entre las propuestas de reformas legislativas incluye una de derogación de este inciso, entendiendo injustificado mantener un precepto que carece de operatividad en la práctica y que para lo único que está sirviendo es para dar pábulo, de manera innecesaria, a descalificaciones entre las organizaciones de tutela de los Derechos Humanos⁵⁰.

⁴⁹ La Fiscalía General del Estado exponía en su informe al Anteproyecto que “en una secuencia procesal excesivamente angosta se exigen del Fiscal decisiones claves para el tratamiento jurídico del hecho atribuido al menor. Estas decisiones, como es obvio, las habrá de tomar el Fiscal. Sin embargo, no existe razón para constreñir la ponderación de los motivos que avalen una u otra determinación. Se trata de un plazo constitucionalmente improrrogable para determinar la situación personal del detenido, pero repárese que el mecanismo jurídico del desistimiento en la incoación del expediente requiere una serie de informes previos que pueden no haber sido confeccionados en las 72 horas (ahora serán 48) siguientes a la detención. De ahí la necesidad de un retoque en la redacción del precepto que haga que la limitación temporal despliegue su eficacia en el ámbito que le es propio, esto es, en el terreno de las garantías constitucionales frente a la detención, huyendo de cualquier entendimiento preclusivo de las decisiones que puedan resultar claves para el adecuado tratamiento del infractor”.

⁵⁰ Según dicha propuesta de la FGE: “...hace años ya que distintas entidades de defensa de los derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y organismos oficiales internacionales, entre los que cabe citar el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, viene formulando reiteradas observaciones acerca de la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de la detención incomunicada, prevista como es sabido para delitos de terrorismo (art. 520 bis en relación con el artículo 384 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

No obstante, en caso de que el Fiscal acuerde poner a un menor detenido a disposición judicial, la Circular 1/2000 dejó claro que, a falta de previsión legal en la LORPM, se aplicaría supletoriamente el plazo del art. 497 de la LECrim, de setenta y dos horas, desde la puesta a disposición judicial para legalizar la situación, debiéndose convocar la comparecencia del art. 28 LORPM dentro de ese término⁵¹.

Ciertamente, resulta extrañísimo en la práctica y, desde luego, poco deseable que la comparecencia del art. 28 –a la que nos referiremos luego- se demore tanto. Pero tampoco echamos de más semejante previsión por si fuera necesario acudir a ella para solventar alguna contingencia que podría plantearse, como la que ponen de manifiesto algunas Memorias de Fiscalías, consistente en la falta de miembros de equipos técnicos de guardia de en algunos lugares durante los fines de semana. Se trata de una situación evidentemente patológica, pero que mientras no se remedie y, si llegado el caso, procediera la petición de una medida cautelar de internamiento, bien podría, como solución, ponerse primero al menor a disposición judicial y solicitar se convoque la comparecencia dentro de ese plazo hasta que pueda el menor ser examinado por un equipo técnico⁵².

En concreto, y de manera más específica, dichos organismos vienen cuestionando su extensión a los detenidos menores de edad, por aplicación del artículo 17.4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), que establece que «se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores». También el Comité de Derechos del Niño ha expresado particularmente su preocupación por la posibilidad de incomunicación de los niños (Turquía CRC/C/15/Add. 152 párrafos, 39, 40, 65 y 66).

Precisamente a raíz de la visita que el citado Comité Europeo giró a la sede del Ministerio Público español en el año 2007 –de la que se dio oportuna cuenta en la correspondiente Memoria–, se incluyó en la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006 una mención a dicha cuestión, estableciendo como criterio general de aplicación de la norma por parte de los miembros del Ministerio Fiscal que «los Sres. Fiscales se opondrán a cualquier solicitud de incomunicación de un menor –especialmente en caso de menores de menos de dieciséis años– salvo que sea estrictamente necesario para el buen éxito de las investigaciones en curso».

Lo cierto es que ya en aquel momento la incidencia real del precepto resultaba ya sustancialmente irrelevante, hasta el extremo de que el mismo no había sido aplicado más que en un único y exclusivo caso, en el año 2004 (en el curso de la investigación del atentado terrorista islamista producido el 11 de marzo de ese año en Madrid). Con posterioridad aquel supuesto, y hasta la fecha actual, no se ha dado ningún otro supuesto en que la detención incomunicada de un menor se haya mostrado necesaria, pese a que –y conviene destacar este aspecto– sí han tenido lugar actuaciones judiciales (por ejemplo, en el contexto de la denominada *kale borroka*), dirigidas contra menores por su conducta vinculada a actividades incluidas en el marco del artículo 384 bis LECrim, esto es, relacionadas con el terrorismo o la actividad de organizaciones terroristas.

La constatación empírica, en los términos expuestos, de la inoperancia práctica del precepto legal cuestionado, hasta el punto de que prácticamente puede considerarse una norma en desuso, conduce a la paradoja de que la única repercusión práctica efectiva que puede atribuírsele en los últimos siete años es, precisamente, la de venir generando reticencias y descalificaciones en el ámbito jurídico e institucional de la tutela de los Derechos Humanos. Resultaría, en consecuencia, aconsejable la derogación expresa del inciso más arriba transcrito del artículo 17.4 Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.”

⁵¹ Dicha Circular 1/2000 va incluso más lejos al prever que *En caso de no poder celebrarse la comparecencia dentro del plazo de las setenta y dos horas, concurriendo un riesgo cierto de fuga, el Juez por aplicación supletoria del art. 504 bis 2 y 4 LECr. podrá acordar el internamiento del menor mediante auto motivado y la convocatoria de nueva comparecencia a celebrar en el plazo de las siguientes setenta y dos horas.* (Hoy deberá entenderse que se refiere al art. 505. 2 y 5 LECrim.

II.-11.1 El plazo de detención en ciertos supuestos específicos:

II.-11.1.1 Cuando la minoría de edad se conoce con posterioridad a la detención:

Ha sido cuestión polémica el cómputo del plazo de detención cuando se desconoce de salida la edad del detenido y no se sabe hasta horas después, con el peligro consiguiente que se agote el plazo máximo de cuarenta y ocho horas de detención. Incluso se han dado supuestos en la práctica, aunque en apariencia no beneficien al detenido, de manifestar éste que es mayor y luego descubrirse que es menor.

Este problema fue planteado en la Comisión Mixta del CGPJ y de la Fiscalía para el Seguimiento de la Aplicación de las Normas relativas a los Derechos de los Menores, Incapacitados y sujetos a Organismos Tutelares, en sesión celebrada el 3 de marzo de 2003, levantándose acta en la que se llegó al siguiente acuerdo a propuesta de dos de los Vocales miembros de la Carrera Fiscal: *entender que la detención y el plazo previsto en el art. 17.5 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, viene referida a la detención de un menor, lo que no es lo mismo que la puesta a disposición por parte del Juez y a favor del Ministerio Público del menor detenido; por tanto, si se desconocía que dicha persona era menor de edad, el plazo computaría desde el momento en que se supiera tal circunstancia y fuera puesto a disposición del Ministerio Público*⁵³.

II.-11.1.2 Mayores detenidos por hechos cometidos durante su minoría de edad:

A este supuesto, al tratar del tema del representante legal en la declaración – antes visto- se refiere incidentalmente la Circular 9/2011 *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*.

⁵² En la Memoria de la FGE correspondiente a 2010, a propósito de los equipos técnicos y las guardias se dice que: *También Navarra, aparte de análogos problemas, incide en la necesidad de que desarrollaran un turno de guardia allí, para evitar el riesgo de que, en caso de comisión de un hecho grave en fin de semana, que requiera una medida cautelar de internamiento, se pueda agotar el plazo de detención sin poder celebrar la comparecencia. En esa línea Tarragona subraya que carece de lógica alguna la inexistencia de servicio de guardia en determinados días festivos o en algunas tardes durante la jornada reducida de verano.*

En la Memoria de la FGE de 2011 se vuelve a insistir en el mismo problema: *En relación a las guardias, por lo que a los equipos técnicos respecta, Cáceres habla de ciertas disfunciones para la convocatoria del representante de la entidad pública, pues al no existir un sistema de guardia –como demanda la Fiscalía- , en fines de semana y períodos vacacionales debe telefonarse a la Jefa de servicio de protección y reforma o recurrir a teléfonos personales.*

Parecido, aunque más preocupante, es el problema planteado de nuevo por la Sección de Navarra, donde no existe turno de guardia para los equipos técnicos, con el riesgo consiguiente de agotar los plazos de detención sin poder celebrar la comparecencia del art. 28 de la LORPM, para el caso de puesta a disposición de un detenido durante un fin de semana por hechos de gravedad. La Dirección de Justicia no ha atendido las peticiones de la Fiscalía en tal sentido. Habrá que confiar en que lo haga en el futuro sin que, entretanto, haya que lamentar ninguna incidencia grave

⁵³ Sres. JUSTINO ZAPATERO GÓMEZ y JUAN JOSÉ MÁRQUEZ BONVEHI

Según dicha Circular: *el art. 5.3 LORPM deja claro que en estos casos la competencia seguirá correspondiendo a la jurisdicción de menores y que el cauce procedimental será el previsto en la LORPM. Por tanto, el imputado en esta situación seguirá beneficiándose de todo el abanico de derechos y garantías previstos para los menores en la LORPM, entre ellos la mayor brevedad de los plazos de detención previstos en el art. 17.4 y 5 LORPM, frente a los más dilatados que para los adultos contemplan los arts. 520 y 505 LECrim*⁵⁴.

2.-12 “HABEAS CORPUS”:

El art. 17.6 de la LORPM introdujo como importante particularidad respecto a la L.O 6/1984, de 24 de mayo, *reguladora del derecho de habeas corpus*, la posibilidad de que el menor instase el procedimiento por sí, sin necesidad de hacerlo a través de sus representantes legales, como preveía el art. 3 de la Ley específica

La competencia para su conocimiento se atribuyó al Juez de Instrucción en detrimento, en este punto, del principio de especialidad que hubiera implicado atribuir la competencia al Juez de Menores.

Inicialmente, en el Anteproyecto de 1997 fue así, pero posteriormente, tras un informe muy negativo del CGPJ, el Proyecto de 1998 varió la competencia a favor del Juez de Instrucción⁵⁵. Entendemos que el legislador acertó, en este caso, al orillar la especialidad en favor de un criterio estrictamente pragmático, cual es la de asegurar la efectividad en todo momento del procedimiento de *habeas corpus*, que no hubiera sido posible de atribuirse su conocimiento a los Jueces de Menores, que no prestan servicio de guardia de veinticuatro horas y su sede material se encuentra en las capitales de provincia.

El único problema de decantarse por tal opción fue la que puso de manifiesto la Circular 1/2000: la situación que puede darse cuando el menor presente la solicitud de habeas corpus estando detenido por el Fiscal o puesto ya a su disposición por la policía, lo que convierte al Fiscal en parte pasiva del procedimiento, obligando al Fiscal de Menores a comunicarlo inmediatamente al Juez de Instrucción, conforme al art. 5 de la L.O. 6/84, haciendo necesaria la asignación a otro Fiscal distinto del despacho de los trámites del art. 6 (incidente de admisión de la solicitud) y 7 (audiencia sobre el fondo de la cuestión).

Esa duplicidad de representación es para la FGE *sumamente perturbadora para la Institución del Ministerio Fiscal, garante de los derechos procesales y que tiene conferida en la propia Ley Orgánica la legitimación activa para promover el procedimiento de garantía*.

Es de reseñar, para evitar situaciones de estas características, lo que refiere la Memoria de la Fiscalía de Barcelona de 2011 que, cuando se resuelve solicitar medida cautelar de internamiento, la puesta a disposición judicial se documenta bien con sello de entrada en el Juzgado de Menores o en el de Incidencias, o bien mediante remisión

⁵⁴ En el mismo sentido ya se habían pronunciado algunos autores, así GÓMEZ RECIO (op. cit)

⁵⁵ Sobre la evolución y trámite legislativo de este precepto véase FIERRO GÓMEZ, AVELINO *La intervención de letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores*, Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal I-2003

de las actuaciones al fax del Juzgado, impidiéndose así la presentación de un “habeas corpus” cuyo sujeto pasivo sea el Fiscal, puesto que el menor no está ya a su disposición.

III.- MEDIDAS CAUTELARES:

III.-1 INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares, procedimiento para su adopción y duración se regulan en el art. 28 de la LORPM, al que hay que añadir el más bien desafortunado -por lo confuso- art. 29, precepto éste sobre el que trataremos en el último epígrafe de la ponencia y que se refiere a las medidas de naturaleza terapéutica a adoptar, o posibles medidas respecto a menores inimputables.

Nos centraremos, por tanto y fundamentalmente, en las principales cuestiones que ha deparado la aplicación del art. 28, norma que se vio afectada por la reforma llevada a cabo de la LO 8/2006. En esencia dicha reforma incidió en la redacción de los motivos sobre los que podía apoyarse la adopción de medidas (suprimiendo la caduca referencia a la “alarma social”, contenida en el precepto original); pero también introdujo otros cambios de carácter sustantivo: se prevé expresamente que la acusación particular pueda interesar medidas (en consonancia con la nueva redacción del art. 25 de la LORPM tras la LO 15/2003); se prevé expresamente la posibilidad de adoptar la medida de alejamiento con carácter cautelar; y se amplían los plazos de internamiento cautelar que hasta entonces eran de tres meses prorrogables por otros tres más a seis meses prorrogables por otros tres.

A todo lo anterior iremos haciendo alusión, y a efectos sistemáticos la primera de las cuestiones a abordar es qué medidas pueden adoptarse.

III.-2 MEDIDAS CAUTELARES IMPONIBLES:

En alguna ocasión se ha llegado a plantear si las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas constituyen un *numerus clausus*, debiendo ceñirse a las mencionadas expresamente en el art. 28 LORPM, o por el contrario suponen un *numerus apertus*, pudiendo acordarse cualquiera de las relacionadas en el art. 7.1 de la LORPM.

El debate, tal y como está redactado el art. 28, pudiera parecer más teórico que práctico –salvo algún caso aislado al que más adelante haremos referencia-.

En efecto, de un lado la mención expresa que se hace a unas medidas concretas y determinadas (internamientos; libertad vigilada; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo y el alejamiento –esta última a partir de la LO 8/2006-) excluye, desde una óptica de estricta legalidad y seguridad jurídica, cualquier otra medida no aludida explícitamente.

La anterior aseveración se justifica aún más si atendemos a los antecedentes legislativos de la norma⁵⁶.

⁵⁶ Respecto al *iter* legislativo del art. 28 LORPM véase igualmente FIERRO GÓMEZ, AVELINO *La intervención de letrado y las medidas cautelares...*

Tanto el Anteproyecto de 1997 como el proyecto de Ley de 1998 se limitaban a reseñar en el nº 1 del art. 28 que *el Ministerio Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado*. La única medida concretamente mencionada era la de internamiento, en el nº 2, para regular el procedimiento para adoptarlo, en una comparecencia descrita en términos esencialmente iguales a los de la redacción definitiva. A ese texto del art. 28 del Proyecto, la Ponencia propuso la incorporación de diversas enmiendas. Entre las aprobadas estuvo la nº 187 del Grupo Parlamentario Catalán, que adicionó al 28.1 la enumeración de las medidas susceptibles de ser adoptadas: *dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo*. Sin embargo, se rechazó la enmienda 147 del Grupo Parlamentario Socialista al Título III que pretendía incluir expresamente, entre las que podían acordarse, aparte del internamiento (también de fin de semana y en centro socio-sanitario), la asistencia a centro de día, privación del permiso de conducir, tratamiento externo en centro médico, asistencia en libertad y otras reglas de conducta: prohibición de acudir a ciertos lugares o relacionarse con determinadas personas, declarar cambios de domicilio o centro escolar o laboral y prohibición de salidas nocturnas.

Posteriormente, tras la reforma por la LO 8/2006 de 4 de diciembre se intercaló en esa enumeración del art. 28.1 la referencia a *la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez*. La inclusión expresa de esta última medida obedeció a la idea de despejar cualquier tipo de dudas sobre su aplicabilidad en la legislación de menores, incorporándose tanto al catálogo general de medidas del art. 7.LORPM (7.1.i), como a la relación de las cautelares. Con anterioridad, no obstante, se venía imponiendo en la práctica, y ya la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*, tuvo ocasión de pronunciarse en sentido positivo sobre la aplicabilidad de esta medida, imponible como regla de conducta dentro del marco de una libertad vigilada⁵⁷.

⁵⁷ No obstante, la medida de alejamiento en sí misma carece de cualquier contenido educativo, revistiendo tintes indubitablemente sancionadores, asimilable como tal a una auténtica pena, importada a la jurisdicción de menores del Derecho Penal, donde no tiene otra finalidad que restringir los derechos del infractor y proteger con ello a la víctima del delito. Esto último, no es plenamente satisfactorio en el marco de la justicia juvenil, pues sólo estaríamos “alejando” el problema, cuando de lo que se trata es de intentar que el menor infractor corrija sus pautas de comportamiento, lo que sí se puede acometer en el contexto de una libertad vigilada. En tal sentido, aunque la medida de alejamiento, tras la LO 8/2006 esté prevista como medida independiente, ya la Circular 1/2007 decía textualmente que *cuando además de la dimensión protectora de la víctima sea preciso que la medida tenga un contenido educativo, será preferible optar por articular la petición del alejamiento como regla de conducta en el marco de una medida de libertad vigilada. Su configuración como regla de conducta vinculada a la libertad vigilada permite captar mejor la imprescindible orientación educativa de las medidas en Derecho Penal de Menores, pues como tal regla de conducta gira en torno al programa de intervención elaborado por el profesional encargado de la ejecución, en el que se incluyen las correspondientes pautas socioeducativas y la planificación del seguimiento y control del menor sometido a procedimiento (arts. 7.1 h LORPM y 18.2 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley)*.

Posteriormente la Circular 1/2010 *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, insiste en esa misma idea de aplicación preferente del alejamiento como regla de conducta de la libertad vigilada.

El carácter de *numerus clausus* de las medidas cautelares previstas en el art. 28 de la LORPM queda reafirmado, además de por la literalidad de la norma y los antecedentes legislativos ya vistos, por la propia naturaleza de las medidas previstas como cautelares frente al resto de las relacionadas con carácter general en el art. 7.1 LORPM. Y eso porque carecería de sentido y finalidad alguna la imposición como cautelares de muchas de las previstas en este último precepto. ¿Qué sentido podría tener imponer como cautelares unos servicios en beneficio de la comunidad? ¿O una amonestación? ¿O unas permanencias de fin de semana?

Así se ha entendido en la práctica jurisdiccional generalizada de los Juzgados de Menores. Sólo cabe mencionar un supuesto puramente excepcional, al que la Memoria de la FGE de 2011 se refiere en los siguientes términos: *de peculiar, por lo que tiene hasta cierto punto de insólito, podría calificarse el caso que, en punto a medidas cautelares, relata la Sección de Álava. Se trataba de un asunto en que para tres menores se solicitó por parte de la Fiscalía el ingreso cautelar en centro semiabierto al estar implicados en varios robos con intimidación. El Juzgado de Menores desatendió dicha petición, lo mismo que la recomendación del equipo técnico, cuyo informe se decantaba por la libertad vigilada cautelar, imponiendo a los menores unas permanencias de fin de semana en centro. El auto en cuestión fue recurrido por la Fiscalía y, no obstante ello, confirmado por la Audiencia Provincial. La Fiscal Delegada, desde el estricto respeto a los pronunciamientos judiciales recaídos, informa de su discrepancia con dichas resoluciones que entiende no acordes a la estricta legalidad marcada por el tenor del art. 28 de la LORPM, que establece un “numerus clausus” estricto en cuanto a medidas cautelares. Desde ese mismo respeto podríamos cuestionar, a mayores, qué sentido podría tener como cautelar la medida de permanencias de fin de semana.*

Cuestión diferente es si cabe la posibilidad de imponer como cautelares determinadas medidas que sí podrían tener sentido y finalidad práctica con carácter cautelar, pero no se encuentran expresamente previstas en la relación del art. 28.1 de la LORPM. Dichas medidas serían la privación del permiso de conducción de ciclomotores, el tratamiento ambulatorio o la asistencia a centro de día. Respecto a esta última, en la Memoria de la Fiscalía Provincial de Córdoba correspondiente a 2010 se abogaba por una reforma legislativa del art. 28.1 que la incluyese expresamente.

Este asunto ha sido recientemente tratado en el Dictamen 2/2013 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores *sobre las posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM.*

Dicho Dictamen, siguiendo la línea argumental de la Consulta 3/2004 de la FGE, sostiene que las medidas cautelares previstas en el art. 28 LORPM constituyen un elenco cerrado. Pero sentada esa primera afirmación estima que, dentro del marco de una libertad vigilada, pueden imponerse reglas de conducta que en la práctica conduzcan a soluciones análogas a las que representan las medidas antes aludidas de privación de licencia o permiso de conducción de ciclomotores o motocicletas de hasta 125 cms³, asistencia a centro de día o tratamiento ambulatorio, sin necesidad de reformas legislativas⁵⁸.

La última de las reglas de conducta de la libertad vigilada, indeterminada o de “arrastre”, consignada en el art. 7.1 h 7ª LORPM (y *cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona*) permite un amplio juego.

Respecto a la medida de centro de día, el Dictamen 2/2013 fundamenta la posibilidad de imponerla como regla de conducta de una libertad vigilada en la naturaleza de ambas medidas, cuya diferenciación –más allá de lo puramente gramatical- resulta difícil o artificiosa. En tal sentido una buena parte de la doctrina ha considerado que no hubiera sido preciso distinguir estas dos medidas⁵⁹, pues la de centro de día no supone sino un modo de ejecución o aspecto parcial de la libertad vigilada.

De esta manera, conforme a la regla del art. 7.1 h 7ª, el Juez, al imponer una libertad vigilada cautelar, bien puede hacerlo con la obligación de asistir a un centro de esas características donde se puedan realizar *actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio*, aunque la medida de centro de día no esté contemplada expresamente en el art. 28.1 LORPM⁶⁰.

⁵⁸ Textualmente dice el Dictamen 2/2013 que *cabría la imposición, sin que, en sentido estricto, respondan en cada caso a su nomen iuris respectivo, de reglas de conducta que impliquen la asistencia a un centro de día, la sumisión a tratamiento ambulatorio o la prohibición de conducir ciclomotores.*

⁵⁹ ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R op. cit.; ABEL SOUTO, MIGUEL en su artículo publicado en la Actualidad Penal nº 6 de febrero de 2002, bajo el título *Las medidas del nuevo Derecho penal juvenil (Consideraciones en torno al artículo 7 de la Ley penal del menor)*. y LANDROVE DÍAZ G. *Derecho Penal de menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001 aludiendo este último a que al legislador le guiaba el “prurito de ofrecer un elenco lo más novedoso y amplio de medidas”

⁶⁰ A propósito de la posibilidad de imponer como cautelar la medida de centro de día el Dictamen 3/2013 señala:

“Doctrinalmente se ha discutido la opción legislativa de diferenciar como medidas distintas la libertad vigilada y la asistencia a centro de día. Incluso puede presentar problemas delimitar esta última medida de las tareas socioeducativas (art. 7.1. 1), si se tiene en cuenta que éstas muchas veces se realizan en un centro de día. En esa línea se ha planteado, *de lege ferenda*, como opción más consecuente, que las tres medidas se integrasen en una sola de libertad vigilada, con diferentes contenidos y amplitud, según las necesidades de cada caso.

El art. 7.1. f) LORPM señala que el sometido a la medida de centro de día residirá en su domicilio y acudirá *a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.*

La única justificación, al menos aparente, de su articulación como medida autónoma, respecto a la libertad vigilada, podría ser la esbozada en la Exposición de Motivos cuando se dice que *sirve al propósito de proporcionar al menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél.*

Aun con eso su diferencia respecto a la libertad vigilada es más nominativa que real, pues, por encima de la distinción terminológica, no supone sino una forma de desarrollar la libertad vigilada cuando las necesidades del menor así lo requieren, sirviendo el centro como lugar para la realización de unas actividades regladas fuera de su ambiente habitual.

De esta manera, y aunque la medida de centro de día no esté expresamente contemplada en el art. 28.1 LORPM, cuando las circunstancias del caso lo precisen, podrá postularse, y el Juez imponer, conforme a la regla del art. 7.1 h 7ª LORPM, una libertad vigilada cautelar con la obligación de asistir a un centro de esas características (arts. 7.1 f LO 5/2000 y 17 RD 1774/2004, de 30 de julio) donde el menor pueda realizar *actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.*”

El Dictamen referido admite también la posibilidad de prohibir conducir ciclomotores o motocicletas de hasta 125 cms³ a los menores que cuenten con el correspondiente permiso, no sólo como regla de conducta de la libertad vigilada, sino fundándose en su naturaleza accesoria de otras medidas (art. 7.1 h 7ª LORPM):

En supuestos de comisión por parte de menores, que disfruten del permiso AM para conducir ciclomotores o A1 para motocicletas de hasta 125 cms³, de delitos contra la seguridad vial que por su gravedad o reiteración aconsejen que se le impida cautelarmente continuar circulando, podrá acordarse esa prohibición como accesoria de alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 28 LORPM y, en el caso de la libertad vigilada, también como regla de conducta de la misma⁶¹.

El Dictamen 2/2013 también estima viable la imposición de la medida de tratamiento ambulatorio (art. 7.1. e LORPM) con carácter cautelar, aspecto este que se abordará más adelante, en el último epígrafe dedicado a las medidas cautelares en supuestos de exención de responsabilidad.

III.-3 JUEZ COMPETENTE:

Conforme al art. 28.2 en relación al art. 2 de la LORPM corresponde al Juez de Menores, si bien respecto a los delitos de terrorismo, hoy por hoy y no obstante lo apuntado en Apdo. II.-11 y nota 50, deberá seguirse teniendo en cuenta –confiemos que sólo a nivel teórico- lo dispuesto en el nº 4 del referido art. 2: *La competencia para conocer de los delitos previstos en los arts. 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional. La referencia del último inciso del apartado 4 del art. 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los arts. 571 a 580 del Código Penal.*

Debe entenderse, con carácter general, que ese Juez de Menores es el del lugar donde se hubiera *cometido el hecho delictivo*, conforme al art. 2.3 de la LORPM. Ahora bien, la excepción puede darse cuando el menor fuese detenido en demarcación

⁶¹ “...pueden plantearse situaciones en la práctica que hagan aconsejable prohibir circular cautelarmente a un menor que posea permiso AM para conducir ciclomotores o A1 para motocicletas de 125 cms. Piénsese, por ejemplo, en un adolescente que con ocasión de disfrutar de un permiso de tales características cometiese alguna de las conductas de conducción temeraria o con manifiesto desprecio por la vida, tipificadas en los arts. 380 y 381 CP, o reiterase comportamientos delictivos de esta clase... (...) como se veía en los anteriores supuestos, la falta de alusión expresa no impide su aplicación si tenemos en cuenta en este caso, además, la particular idiosincrasia de esta medida, concebida en la LORPM esencialmente como accesoria.

Esa naturaleza accesoria se pone de relieve expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, cuando se dice que la privación de permisos y licencias es una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite autorización administrativa. Parecidos términos contiene la definición legal del art. 7.1 n) LORPM.

Por tanto, en esta clase de supuestos puede imponerse la privación del permiso correspondiente como medida accesoria de alguna de las cautelares expresamente contempladas en el art. 28 LORPM, tanto privativas de libertad como de medio abierto, singularmente la libertad vigilada.

Además, si la medida adoptada fuese una libertad vigilada cautelar, puede establecerse como regla de conducta, en base también al art. 7.1 h) 7ª LORPM, prohibir al menor la conducción de ciclomotores o motocicletas, según los casos.” (Dictamen 3/2012 Fiscal de Sala Coordinadora de Menores)

provincial distinta de aquella en que hubiesen acaecido los hechos imputados. En este supuesto, en principio, la competencia para legalizar la situación del menor corresponde a la Sección de Menores de Fiscalía del lugar de detención, siendo competente el Juez de Menores de la misma demarcación para resolver, en su caso, sobre las medidas cautelares que pudieran interesarse.

Esta última cuestión aparece tratada con mayor amplitud, así como con matices y excepciones a tal regla general, primero en el Dictamen 5/2011 *sobre buenas prácticas en auxilios fiscales y actos de comunicación entre las secciones de menores reforma de las fiscalías* y posteriormente en la Circular 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores*⁶².

Fuera de las horas de audiencia, con la salvedad de aquellas capitales donde el sistema de guardias de los Juzgados es diario y no semanal -pudiendo cubrir la disponibilidad todo el día-, en el resto de capitales, fuera de las horas de audiencia al público, que no suelen abarcar más allá de las 14'00 horas, la competencia, por sustitución, corresponde al Juzgado de Instrucción de guardia. Así resulta inequívocamente del contenido del art. 42.3 del Reglamento 1/2005, de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales: *Igualmente constituirá objeto del servicio de*

⁶² Refiere dicha Circular 9/2011 al respecto: “Cuando un menor fuera detenido en demarcación provincial distinta a la de la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores que deban conocer de la causa, la competencia para legalizar su situación corresponderá a la Sección de Menores de la provincia donde se materializa la detención, a través de su servicio de guardia. En estos casos, si fuera procedente la puesta del menor a disposición del Fiscal, la Sección de Menores que ulteriormente sea la competente para instruir, si previamente hubiera iniciado actuaciones, cursará auxilio urgente –vía fax, sin perjuicio de acudir a otros medios como el correo electrónico- con expresión de las diligencias que han de practicarse y acompañando la documentación oportuna.

En estos supuestos, si procediese poner al detenido a disposición del Juez de Menores e interesar la realización de la comparecencia prevista en el art. 28-2 de la LORPM, para solicitar alguna medida privativa de libertad, o alguna otra de las medidas previstas en ese mismo artículo, se hará así por el Fiscal exhortado, sin perjuicio de su comunicación y la debida coordinación con la Sección de Menores que lleve a cabo la instrucción, procediendo luego a su inhibición.

Si se diera el supuesto de un menor detenido en un municipio o población situados a mayor distancia de la capital que corresponda a su provincia que de la capital de la provincia limítrofe, cuya Fiscalía y Juzgado de Menores fueren los competentes para conocer de la causa, lo procedente –como matización a la regla anterior y de conformidad con el art. 505-6, primer inciso de la LECrim- sería verificar el traslado del detenido a la capital de la provincia vecina, sede de la Sección de Menores competente para instruir, dando esta última las órdenes pertinentes a la Fuerza instructora, tras haber comunicado telefónicamente con el Fiscal de la demarcación territorial donde se hubiera materializado la detención. Excepcionalmente la facultad de legalizar la situación personal del detenido puede residenciarse en la Sección y Juzgado competentes para el conocimiento de la causa y a cuya sede territorial habría de ser conducido el menor por la Fuerza policial, siempre que concurran cumulativamente las siguientes condiciones:

- A) Que se trate de un delito cuya instrucción revistiese especial complejidad.
- B) Que la cuestión afecte a provincias o poblaciones limítrofes o muy próximas entre sí, y pueda acudirse a un medio de transporte que garantice el traslado del detenido en un corto intervalo temporal, sin riesgo de agotamiento del plazo máximo de detención policial.
- C) Que así lo decida el Fiscal de la Sección de Menores que deba conocer de la causa, quien expedirá las órdenes oportunas a la fuerza policial que se ocupe de la custodia del detenido para que proceda a la conducción de éste, debiendo dar cuenta –siempre que fuera factible- al Delegado de su Sección y comunicar su decisión al Fiscal del servicio de guardia de menores del lugar de detención.”

guardia la adopción de medidas cautelares respecto de las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, o la práctica de diligencias restrictivas de los derechos fundamentales de dichas personas, cuando su necesidad se suscite fuera de las horas de audiencia del correspondiente Juzgado de Menores, siempre que en la demarcación de dicho Juzgado de Menores no exista un servicio de guardia propio de esta clase de órganos jurisdiccionales. A estos efectos el Juez de Instrucción que atienda el servicio de guardia actuará en sustitución del correspondiente Juez de Menores. Adoptada la decisión que proceda, el Juez de Instrucción en funciones de guardia remitirá lo actuado al órgano competente y pondrá a su disposición, en su caso, al menor de que se trate.

Tal artículo debería cumplirse en sus estrictos términos, aunque en la práctica se aprecian algunas disfunciones.

Resulta censurable que en algunos lugares al establecerse una estrecha franja de horario de audiencia en los Juzgados de Menores –o por interpretarse dicho horario de forma demasiado rígida- se deriven buena parte de las cautelares a los Juzgados de Instrucción, infringiendo con ello el principio de especialidad de la jurisdicción⁶³. Y eso por no hablar de los trastornos que lo anterior depara en cuanto al peregrinaje del menor detenido (junto con familiares, letrado, equipo técnico, incluso Fiscal...) de una sede a otra, con las esperas y dilaciones consiguientes.

Pero más rechazable es aún, por cuanto resulta más perjudicial para el interés del menor, que los Jueces de Instrucción a los que, fuera de las horas de audiencia de los Juzgados de Menores, corresponde resolver sobre la petición de cautelar, dejen de hacerlo y prolonguen innecesariamente la detención del menor para que, finalmente, resuelva ya en horas de audiencia el Juez de Menores. Como ya vimos al tratar los plazos de detención, conforme a la Circular 1/2000 cabe la aplicación supletoria del plazo del art. 497 de la LECrim, de setenta y dos horas, desde la puesta a disposición, para que el Juez legalice la situación del detenido, pero entendemos que tal previsión no se hizo para este tipo de situaciones, que constituirían una patología o fraude del sistema.

Lo anterior se entiende referido a casos de puesta a disposición de menores detenidos, interesando medidas privativas de libertad. Porque cuando se solicite una medida no privativa de libertad que no requiera su adopción inminente (no sería el caso de un alejamiento o incluso una convivencia con grupo educativo, pero sí, por ejemplo, cuando se trate de una libertad vigilada, sin más) lo aconsejable, en aras del propio principio de especialidad y al no existir una necesidad apremiante, sería que el Fiscal dirigiese la petición al Juzgado de Menores al que corresponda, evitando acudir al Juzgado de Instrucción de guardia.

Para concluir este apartado nos referiremos a la cuestión ya tratada en su día en anteriores trabajos⁶⁴ sobre si el Juez de Menores que acuerda la medida cautelar puede o no juzgar, o lo que es lo mismo, si no debe considerarse contaminado o sí, por

⁶³ En una reciente inspección conjunta practicada por el servicio de Inspección del CGPJ, Inspección de la FGE y de la Fiscalía del TSJ de Andalucía a los Juzgados de Menores y la Sección de Menores de la Fiscalía de Sevilla, se comprobó que el 60% de las medidas cautelares adoptadas respecto a los menores las acordaban no los Jueces de Menores, sino los Jueces de Instrucción de la capital hispalense...

considerar, en el último de los casos, que ha tenido un contacto relevante con el material probatorio del proceso que puede comprometer su imparcialidad.

Este problema, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 5/2000 había quedado resuelto, pues durante la vigencia de la LO 4/1992 se plantearon cuestiones de inconstitucionalidad tanto a propósito 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 a petición del Fiscal. El TC en su Sentencia 60/1995 de 17 de marzo se pronunció por la constitucionalidad del texto, estimando que la medida cautelar adoptada no puede equipararse a los actos de investigación o de instrucción que están encomendadas al Ministerio Fiscal, sino que son única y exclusivamente actos limitativos de derechos fundamentales, actos puramente jurisdiccionales que la Constitución 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, con garantía del principio de contradicción, preservándose así la imparcialidad del Juzgador⁶⁵.

Sin embargo, este planteamiento pacífico de negar la “contaminación procesal” del Juez de Menores para juzgar los hechos con posterioridad, pese a haber adoptado previamente una medida cautelar en la misma causa, ha podido ponerse en cuestión tras un auto dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla con ocasión del trágico suceso conocido como caso “Marta del Castillo”.

Se trata del Auto nº 419/2010, de 21 de junio, en que la Sección 3ª de la AP de Sevilla admitió la abstención del Juez de Menores nº 3 de Sevilla, entendiendo que su actividad instructora no era puntual y episódica, limitada al dictado de alguna medida cautelar, sino que había tenido un contacto con el procedimiento, trascendental, relevante, debido al dictado de numerosas resoluciones que podían comprometer su objetividad imparcial exigible⁶⁶.

⁶⁴ Véanse, entre otros, FIERRO GÓMEZ (op. cit), FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL (op.cit.) O GÓMEZ RECIO (op. cit.)

⁶⁵ Respecto a los internamientos cautelares, la STC 60/1995 venía a decir que al sólo poder efectuarlos el Juez a petición expresa del Fiscal y nunca de oficio y siendo además preceptiva en tal caso la intervención de abogado con la posibilidad de combatir la resolución limitativa del derecho a la libertad, todo ello hacía que el Juez de Menores no pudiese ya ser configurado como un “Juez Instructor”, 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 (S.T.E.D.H. de 24 de mayo de 1.989 y secundada en el caso Saint-Marie de 16 de diciembre de 1.992), según la cual cuando la prisión provisional se adopta a instancia del Ministerio Público y el imputado está asistido de abogado, 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 y 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.

⁶⁶ Según dicho auto: “En la comunicación de fecha 9 de junio de 2010 el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla, al tiempo que comunicaba su abstención, acompañaba hasta 11 Autos y 2 proveídos que, a su juicio, corroboran que ha participado en la instrucción de la causa penal tramitada en su Juzgado de forma relevante. Literalmente, en su comunicación expuso, “.. SEGUNDO.- Para valorar lo acertado o no de la decisión del titular del Juzgado de Menores núm. 3, hemos de tener presente que la cuestión que ahora se suscita, sobre la justificación de su abstención, puede tener alcance extraordinario en el futuro y por ello se deben de extremar las garantías y el alcance de nuestro pronunciamiento. No se nos escapa que, sobre abstención el Tribunal Constitucional en

Sin embargo, entendemos que dadas las peculiaridades y lo excepcional del caso, el auto dictado por la AP de Sevilla para nada menoscaba la vigencia de la línea marcada en esta materia por el Auto 60/1995 del TC. Debe tenerse en cuenta que el Juzgado nº 3 de Sevilla no se limitó a adoptar una medida cautelar, sino que, como se dice en el auto transcrito a pie de página, dictó otras numerosas resoluciones (así autos acordando diligencias restrictivas de derechos fundamentales) que afectaban a la investigación. No puede considerarse, pues, como ejemplo representativo. Y la mejor prueba de ello es que ese mismo Juzgado (y el resto de los de Sevilla) en otras causas distintas dictaron autos acordando medidas cautelares y juzgaron luego los hechos, sin que ninguno de ellos planteara la abstención más que en este caso.

sentencia 143/06, 11/2000 ó 142/97, refiere la necesidad de valorar caso por caso, o como expone el Auto de 16 de febrero de 2007 del TSJ de Andalucía "... según doctrina jurisprudencial muy consolidada... será imprescindible valorar cuidadosamente la intensidad del "contacto" que en el caso concreto tales resoluciones hayan podido suponer con el asunto...". Este mismo Tribunal Superior en Auto de 27 de febrero, de 2007 señaló "...La doctrina jurisprudencial) sobre la causa de abstención y recusación contemplada por el apartado undécimo del artículo 219 LOPJ, que queda reflejada en el Auto de la Sala Especial de Recusaciones de este Tribunal de 31 de octubre de 2006, ha admitido una interpretación no literal del precepto, 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" (sentencia del Tribunal Constitucional número 151/1991), 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" (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2001), porque el Tribunal "haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado" (sentencias del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, 2 de enero de 2000, 19 de septiembre de 2000).

Así, dicha causa de abstención puede existir a pesar de que el magistrado respecto de quien se postula no haya sido formalmente "Instructor", siempre que, eso sí, en el ejercicio de sus funciones, -hubiese intervenido en la instrucción con actuaciones relevantes que, por sus características, y atendidas las circunstancias del caso concreto, presupongan un contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral. Esta posibilidad quedó ratificada de forma significativa con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en varias sentencias (24 de mayo de 1989, caso Hausschildt, y 28 de octubre de 1998, caso Castillo-Algar) consideró vulnerado el derecho a un juez imparcial por el hecho de que el enjuiciamiento se encomendase a quien decidió en orden al procesamiento, aunque fuese por vía de recurso contra la decisión del juez encargado de la instrucción...".

TERCERO.- Ciertamente, la LORRPM encomienda la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal, ahora bien, esta actividad instructora no conlleva la práctica de todo tipo de diligencias porque los arts. 23.3 y 26.3 de la ley referida, veda a esa Institución la práctica de diligencias restrictivas de derechos fundamentales y encomienda al Juez la práctica de las diligencias restrictivas de derechos fundamentales que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. Además, el Juez de Menores podrá, previa solicitud del Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quién haya ejercitado la acción penal, adoptar medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima, si se cumplen los requisitos subjetivos contemplados en el art. 28 de la Ley. Pues bien, es esencialmente en estos tramos del expediente (amén del secreto del sumario art. 24 y en la apertura y tramitación de la pieza de responsabilidad civil ex art. 64 de la Ley de menores) dónde habrá que estudiar si se ha producido ese contacto de cierta intensidad con las investigaciones y pesquisas encaminadas a preparar el juicio oral, que pudiera condicionar la imparcialidad objetiva que le es exigible al Juez de Menores. En el presente caso, el Titular el Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla en su comunicación remite hasta 11 Autos y 2 Providencias, cuyo dictado, según su criterio, "... revelan en su conjunto un íntimo contacto previo con el objeto del proceso y una importantísima participación personal y directa en la instrucción de la causa, desarrollando con su práctica una investigación directa de los hechos que habrán de ser objeto de enjuiciamiento...". Pues bien, si analizamos su contenido, convenimos en lo acertado de tal afirmación, pues de otra forma no se puede convenir cuando se ha dictado la medida cautelar de internamiento en régimen cerrado respecto del menor imputado tras apreciar la existencia de indicios racionales suficientes para atribuirle la participación en concepto de autor de un delito de encubrimiento previsto y penado en el artículo 451.2 de Código Penal, en relación

III.-4 PROCEDIMIENTO:

El procedimiento para la adopción de medidas cautelares y los distintos cauces que puede seguir, según la medida que se postule, fue tratado en las Circulares 1/2000 y 1/2007 de la FGE. Recientemente, no obstante, la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, en el Dictamen 3/2012, *sobre control en las Secciones de Menores de expedientes con medidas cautelares*, vuelve a abordar los aspectos procedimentales, sistematizando toda la doctrina contenida en dichas Circulares y en alguna posterior.

El sistema de justicia juvenil y, en concreto, la LO 4/1992, de 5 de junio, de reforma del Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, además de ser pionera en cuanto la atribución de la instrucción al Fiscal, lo fue también respecto a la introducción dentro de nuestro sistema procesal penal del principio de postulación para la adopción de medidas cautelares. En la LECrim, la prisión provisional a solicitud de la parte acusatoria fue implantada por la LO 5/1995, pero tal sistema regía desde tres años atrás en la jurisdicción de menores. Así, según la redacción del art. 15.1.5 del TRLTMM el Fiscal podía solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor, y a la vista de la gravedad de los hechos, repercusión y circunstancias personales y sociales del menor, podría interesarse del Juez el internamiento en centro cerrado por plazo no superior a un mes.

con un delito de homicidio previsto y penado en el artículo 138 del mismo texto legal; ésta situación cautelar que se mantuvo y se acordó su prórroga de la misma hasta el límite legalmente permitido por el artículo 28.3 de la LORRPM (Auto dictado el 21 de julio de 2009).

Posteriormente se han adoptado las medidas cautelares de convivencia con grupo educativo y la prohibición de aproximarse a menos de 50 kilómetros de la familia nuclear de la víctima del presente procedimiento o de comunicarse con ellos por cualquier medio o procedimiento. Además, por dos veces el Juzgado Núm. 3 ha decretado el secreto de las actuaciones impidiendo a las partes -salvo al MF-intervenir en las diligencias y tomar conocimiento de las mismas. En igual sentido, a instancia del Ministerio Fiscal ha realizado personalmente una investigación de los hechos interviniendo directamente en la instrucción de la causa practicando conforme prevé el artículo 23.3 de la LORRPM toda una serie de diligencias restrictivas de derechos fundamentales, cuales fueron la señaladas en las acotaciones Primera a Quinta que hemos transcrito en el primer Fundamento de esta resolución. Pues bien, expuesto lo anterior, consideramos que la causa de abstención invocada por el Titular del Juzgado núm.3 de Menores de Sevilla, es ajustada a derecha de conformidad con el art. 219.11 de la LOPJ. En efecto, si el Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla ha tomado parte activa en la instrucción (ha tomado contacto relevante con la instrucción) de unas diligencias y esa causa se enjuiciase por él mismo Magistrado que llevo a efecto relevantes actuaciones de claro matiz instructor, es claro que pudiera verse comprometida su imparcialidad objetiva, en cuyo supuesto, la abstención se estima justificada. No se trata de una actividad instructora que, podríamos denominar, puntual, episódica, (dictado de una medida cautelar en momento puntual y de forma incidental), sino de un contacto con el procedimiento, trascendental, relevante, porque el dictado de numerosas resoluciones, por los términos empleados en su redacción, necesariamente, demuestran que el ahora abstenido ha 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. Consideramos, por lo expuesto que admitiendo justificada la abstención, no solo se preserva la imparcialidad en el ánimo del Juzgador, sino que también se elimina toda duda, sospecha o recelo por los justiciables, cumpliendo con ello las premisas expuestas por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre actuaciones "relacionadas con la Instrucción".

Como señala el Dictamen 3/2012 antes reseñado, *la experiencia y rodaje acumulados, en cuanto al juego del principio acusatorio y de contradicción para adoptar medidas cautelares, allanó el camino de cara a la interpretación del art. 28 de la LORPM en la Circular 1/2000 en cuanto al procedimiento que en cada caso, y en función de la medida cautelar solicitada, debía seguirse.*

Del texto del art. 28 LORPM se infiere que el procedimiento es distinto cuando se solicita un internamiento, en cuyo caso deviene obligatoria la celebración de una comparecencia. Sin embargo, cuando se postula una medida no privativa de libertad, el precepto, en principio, no exige comparecencia presencial, pudiendo darse audiencia a las partes por escrito. Pero dicha regla general, tanto en la práctica como en los sucesivos documentos interpretativos emanados de la FGE, ha ido matizándose.

Las evolución y las diferentes posibilidades existentes, en el momento actual, quedan sistematizadas en el Dictamen 3/2012 en los términos que, a continuación reproducimos:

Conforme a la Circular 1/2000 la comparecencia es obligada en todos aquellos casos en que se postula una medida de internamiento. No así cuando se trata de una medida no privativa de libertad, en cuyo caso la audiencia a las partes puede verificarse dándoles traslado por escrito.

Sin embargo, esta última aseveración, sobre la posibilidad del trámite escrito para medidas que no fueran de internamiento, ha sido matizada para ciertas medidas no privativas de libertad por la doctrina ulterior de la propia FGE.

Así, tratándose de la medida de prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, aunque no es medida privativa de libertad, la Circular 1/2007 reiteró lo ya sentado en la Consulta 3/2004 (sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores) aconsejando como norma general, por las implicaciones de esta medida y su complejidad, y para mejor valorar el interés del menor, que se celebre comparecencia cuando vaya a solicitarse el alejamiento.

Y respecto al procedimiento para adoptar la medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo la doctrina de la FGE ha rectificado con posterioridad lo aseverado en la Circular 1/2000. En dicha Circular se equiparaba esta medida a la libertad vigilada en cuanto a la posibilidad de verificar la audiencia por escrito. Sin embargo, la Circular 1/2010 (sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes), debido a la creciente importancia de dicha medida como respuesta a la tipología delictiva específica que en ella se trata, vuelve a remitirse a los argumentos de la Consulta 3/04 para recomendar la celebración de comparecencia siempre que pretenda adoptarse. Pero añade además, en estos casos, como argumento adicional para llevar a cabo la comparecencia la necesidad de calibrar la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales (art. 19.3 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante RLORPM).

Como corolario de todo lo anterior, en el referido Dictamen se concluye que:

En definitiva, y como resumen de toda la doctrina de la FGE, fuera de los supuestos de internamiento que siempre exigirán la celebración de la correspondiente comparecencia, cuando la medida cautelar solicitada lo fuere de medio abierto, la única para la que la doctrina de la FGE admite que la audiencia previa a las partes pueda ser por escrito es la libertad vigilada. Cuando se solicite alejamiento o convivencia con persona, familia o grupo educativo, dada la mayor restricción de derechos que estas medidas suponen, se recomienda que se acuerden tras una comparecencia al efecto. Idéntica prevención regirá cuando la medida interesada fuese una libertad vigilada, cuando se pida, además y con carácter complementario, el alejamiento o la convivencia con persona, familia o grupo.

En todo caso, resulta obvio que cuando lo interesado del Juez sea una medida de internamiento, el Fiscal deberá poner el menor detenido a disposición judicial, mientras que si la medida cautelar que se solicita es de medio abierto, en tal caso, el Fiscal, previamente, habrá de acordar la puesta en libertad del menor, dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas previsto en el art. 17.5 LORPM.

No obstante, hemos de advertir que cuando la medida postulada sea un alejamiento, medida a través de la que se persigue esencialmente la protección de la víctima, deben adoptarse ciertas cautelas. Si se solicita una prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima o sus familiares, al ser una medida de medio abierto el Fiscal, previamente, debe poner en libertad al menor detenido. Ahora bien, si mediara un tiempo (horas, incluso días) entre la puesta en libertad del menor imputado por el Fiscal y la celebración de la comparecencia, durante ese intervalo temporal la víctima podría correr peligro.

Para prevenir esta última eventualidad lo más aconsejable es que, mientras el menor permanece aún detenido a disposición del Fiscal y dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas del art. 17.5 LORPM, se solicite la convocatoria de comparecencia, sin acordar la libertad del menor hasta después de la misma. De esta manera se evitan riesgos innecesarios para las víctimas.

Por este criterio de actuación se ha decantado la FGE en el Dictamen 7/2012, *sobre criterios de actuación en supuestos de violencia de género*:

Cuando la medida cautelar que se solicita no es privativa de libertad el Fiscal debe legalizar previamente la situación personal del detenido, acordando su libertad. Sin embargo, tratándose de la medida de alejamiento es aconsejable que –siempre dentro del plazo legal del art. 17.5 LORPM- el menor sea conducido al Juzgado por efectivos policiales, con el fin de garantizar entretanto la seguridad de la víctima. A efectos operativos, en el decreto de libertad que se dicte, y en el oficio que se entregue a la Fuerza policial encargada de la custodia, se ordenará el traslado del imputado en calidad de detenido hasta el Juzgado y que sea puesto en libertad al comienzo de la comparecencia.

Aunque tal cautela se exponga a propósito de los casos de violencia de género, este modo de proceder es predicable y extensible a todos los supuestos en que se interese la medida cautelar de alejamiento.

III.-4.1 Motivación:

Como antes se aludió, la reforma del art. 28 LORPM, por LO 8/2006, de 5 de diciembre, retocó, rectificándolos en parte, los fundamentos sobre los que se podía sustentar la petición de medidas cautelares. A este aspecto se alude en la Circular 1/2007 de la FGE.

Señalaba esa Circular que el nuevo texto del art. 28 LORPM supera las más graves deficiencias de la redacción original que, entre otros extremos, e ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional, seguía permitiendo motivar las medidas en la “alarma social”. Ya la Instrucción 10/2005 (*sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil*) advertía que no podía fundamentarse una medida cautelar en la “alarma social”, pese a la literalidad del texto de la Ley.

En la redacción actual se suprime esa referencia a la “alarma social”, describiéndose en el apartado primero del art. 28 las disposiciones y fundamentos comunes para todas las medidas cautelares, mientras que en el apartado segundo se recogen las especialidades y parámetros aplicables a las medidas de internamiento.

Conforme al apartado primero *el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentarse contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima*⁶⁷.

Respecto a los motivos específicos, además, del internamiento, el 28.2 relaciona *la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.*

El Dictamen 3/2012 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la Instrucción 4/2005 (*sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación*) entiende que, en el ámbito de la jurisdicción de menores, precisamente por la condición de instructor del Fiscal, el deber de motivar debidamente las peticiones de medidas cautelares tiene aún mayor relevancia⁶⁸.

⁶⁷ Indica la Circular 1/2007 de la FGE que *sigue manteniéndose la referencia a la orientación de las medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado. Esta referencia es continuadora de la fórmula contenida en la LO 4/1992, de 5 de junio. No puede, no obstante, utilizarse esta mención para integrar fines autónomos de la decisión cautelar, pues son absolutamente ajenos a la esencia de este tipo de medidas. Si el menor imputado en el expediente precisa de medidas de protección, habrá de darse traslado a la Entidad Pública de Protección de Menores para que proceda conforme a sus atribuciones legales, pero tal situación no puede ser la base sobre la que se erija una medida cautelar conforme al art. 28 LORPM. El inciso objeto de análisis, desechado su carácter de fin cautelar debe interpretarse como una llamada de atención hacia la necesidad de que la decisión cautelar no contravenga el interés del menor*

⁶⁸ Según el Dictamen 3/2012 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores: *Es ineludible, por tanto, que las peticiones de medidas cautelares al amparo del art. 28 LORPM, justifiquen la medida que se interesa, en concreto, conforme a los parámetros contenidos en los apartados primero y segundo de dicho artículo: indicios racionales de la comisión de un delito; gravedad de los hechos; circunstancias personales o sociales del menor; la comisión o no por parte de éste de otros hechos graves de la misma naturaleza; y riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia, o de atentarse contra los bienes*

La motivación revestirá distinta forma según la comparecencia fuera verbal o la audiencia se diera por escrito, en función de la medida postulada, tal y como vimos.

Precisa en tal sentido dicho Dictamen que:

Respecto a la forma y momento de desglosar dicha motivación, en los supuestos en que se interese una libertad vigilada sin otra medida complementaria y no se repute precisa comparecencia, el escrito solicitándola desarrollará cumplidamente todos los argumentos sobre los que se sustenta.

Cuando lo interesado fuera un internamiento cautelar o, aún siendo la medida de medio abierto, se reputase preciso celebrar comparecencia, tal y como alude la Circular 1/2000, se instará por medio de un “escrito” dirigido al Juzgado de Menores o, en su caso, al Juzgado de Instrucción de guardia, si éste órgano jurisdiccional hubiera de sustituir a aquél conforme al art. 42.3 del Reglamento 1/05 de Aspectos accesorios de las actuaciones judiciales. Tal escrito lo será a efectos de constancia y no obsta para que se anuncie previamente al Juzgado esa solicitud por cualquier otro medio que garantice la celeridad, a los fines de concretar la hora y asegurar su pronta celebración.

Ahora bien, tratándose de una comparecencia de carácter oral, garantía del principio de contradicción, será precisamente durante su desarrollo donde, verbalmente, se detallarán todos los argumentos en los que el Fiscal se apoya, por lo que no es preciso pormenorizarlos en la solicitud por escrito al Juzgado, pues ni la Ley lo exige ni será factible, en ocasiones, por la dinámica de apremio que imponen los servicios de guardia.

A este último respecto y destacando el carácter verbal de la comparecencia, el Dictamen advierte que no es preciso ni preceptivo que el equipo técnico presente para la comparecencia su informe por escrito, tratando de prevenir frente a posibles prácticas que, de modo innecesario, podrían dilatar la celebración de la comparecencia y la legalización de la situación personal del menor. Así, el referido Dictamen indica que:

Semejante consideración se hace extensible a los informes de los Equipos Técnicos cuando se celebre comparecencia para la adopción de una medida cautelar. En este caso tampoco el art. 28.2 de la LORPM exige la presentación de informe escrito, sino que, como el resto de intervinientes, su exposición será verbal. Las circunstancias de premura de la guardia y la carencia de personal impedirán muchas veces que ese informe se presente por escrito, previendo la Ley preceptivamente esa forma sólo para el informe ordinario que debe acompañar a cada expediente de Fiscalía (art. 27.1 y 27.5 LORPM).

En estos supuestos, de la argumentación esgrimida por el Fiscal e informes del Equipo Técnico y representante de la entidad pública de reforma o protección, así como de la intervención del resto de las partes, quedará debida constancia en el acta

jurídicos de la víctima. En la ponderación de tales criterios deberán tenerse en cuenta las consideraciones al respecto expuestas en la Circular 1/2007 de la FGE.

de la sesión que se extienda por el Sr. Secretario, pudiendo quedar grabada, en su caso, en el correspondiente soporte audiovisual (art. 453.1 LOPJ).

III.-4.2 Referencia a los intervinientes:

Reseñar aquí tan sólo alguna peculiaridad en cuanto a alguna de las partes.

III.-4.2.1 El menor imputado y representantes legales:

Ya se observó en su día⁶⁹ que el art. 28.2, entre los asistentes a la comparecencia, no menciona al propio menor detenido. Sin embargo, como señaló en su día FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL, es mayoritaria la opinión que entiende necesaria la presencia del menor en la misma, sobre todo teniendo en cuenta lo establecido en el art. 22. 1 d) de la Ley, que reconoce al menor el derecho a ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente⁷⁰. No obstante, esta misma autora matiza que al no establecerlo expresamente la ley, parece que en principio no habría obstáculo para que se celebrara en su ausencia, en aquellos casos en que el menor –no detenido- fuese citado formalmente para asistir a la comparecencia y no acudiera.

Tampoco se alude, al regular la comparecencia en el 28.2, a los representantes legales del menor. No obstante, es comúnmente admitido, igualmente, que pueden estar presentes, toda vez que constituye un derecho del menor, en los términos que se plasman en el art. 22.1 e) LORPM, *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.*

III.-4.2.2 Representante de la entidad pública de protección o reforma:

La previsión de que informe, junto al equipo técnico, el representante de la entidad pública de reforma o protección, suscitó de inicio dudas y reticencias sobre el papel a desempeñar en el acto por dicho representante.⁷¹.

Algunas de las cuestiones que se presentaban sobre la función que le corresponde tuvieron respuesta también por parte de la Fiscal de Sala Coordinadora de

⁶⁹ DE OÑA NAVARRO, JUAN MANUEL (op. cit); FERNÁNDEZ OLMO, ISABEL (op. cit)

⁷⁰ Añade como refuerzo argumental que *En este mismo sentido, señalar que para la adopción de la medida cautelar de internamiento terapéutico, la misma habrá de ser consentida por el menor, art. 7 d), ya que el mismo puede rechazar su imposición; lo que aboga aún más en la necesidad de su presencia.*

⁷¹ Para DE LA ROSA CORTINA y URBANO CASTRILLO, *Comentarios a la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal...* op.cit., p.276, la norma se presenta “carente de justificación y con efectos burocratizantes, tendente únicamente a complicar la tramitación de un acto procesal ya de por sí complejo. Hubiera bastado con prever la posibilidad de que en lugar del equipo adscrito a Fiscalía actuara algún técnico de la entidad pública si con anterioridad hubiera tenido contacto con el menor respecto del que se va a solicitar la medida”. FIERRO GÓMEZ, AVELINO (La intervención de letrado...op. cit.) suscribe esa afirmación, añadiendo que “son frecuentes, además, las discrepancias entre los técnicos de la Fiscalía y los de la Entidad concurrentes al acto”.

Menores en el Dictamen 8/2010, *sobre la intervención del representante de la entidad pública en la comparecencia para la adopción de medidas cautelares del art. 28.2 de la LORPM*⁷².

El Dictamen referido, alude al diferente rol que puede desarrollar ese representante de la entidad pública según tenga información precedente sobre el imputado (por haber cumplido previamente una medida o estar dentro del sistema de protección), de aquellos otros casos en que carezca de datos.

La primera de las hipótesis ofrecía pocas dudas, y la misión del representante de la entidad pública parece difícilmente cuestionable: *resulta evidente que la intervención del representante de la entidad pública en la comparecencia para la adopción de medidas cautelares tiene pleno sentido en aquellos casos en que dispone de alguna información previa del menor expedientado, cuando se han ejecutado o se estén ejecutando otras medidas de cuya evolución y resultados puede derivarse una información relevante.*

En el segundo de los casos, cuando la entidad pública carezca de información previa, el Dictamen 8/2010 aborda las siguientes cuestiones: si es necesario que el menor sea examinado por dos equipos técnicos distintos, el de Fiscalía y Juzgados por un lado, y el de la entidad pública por otro, y que representantes de ambos equipos acudan a la comparecencia del art. 28.2; o si por el contrario es suficiente con que sea examinado por el equipo técnico de Fiscalía, bastando que a la comparecencia acuda un representante del equipo técnico y un representante de la entidad pública, no siendo preciso que este último sea un profesional de los equipos técnicos de la entidad.

Como respuesta a tales interrogantes, el Dictamen 8/2010 concluye que:

El artículo 28-2 de la LORPM no exige que a la comparecencia para la adopción de medidas cautelares asista necesariamente un profesional de los equipos técnicos de la entidad pública de reforma o protección, pudiendo acudir, en consecuencia, cualquier representante de la misma.

⁷² El Dictamen se hace eco de las vacilaciones que acompañaron al precepto incluso en su tramitación parlamentaria, pues el artículo 28-1 del Proyecto de 1998 de la LORPM contemplaba la audiencia al representante de la entidad pública junto al del equipo técnico, con carácter general, para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares, habiéndose mantenido el texto de ese párrafo en lo relativo a ese punto hasta el momento actual; sin embargo, el artículo 28-2 del Proyecto, paradójicamente respecto al párrafo anterior, al regular la comparecencia específica para la adopción de medidas cautelares de internamiento, preveía una relación de alternatividad entre el equipo técnico y el representante de la entidad pública, toda vez que literalmente decía: *el Juez de Menores resolverá sobre la propuesta del Ministerio Fiscal en una comparecencia a la que asistirán también el Letrado del menor y el representante del Equipo técnico o entidad pública de protección o reforma de menores....* Pero dicha redacción fue modificada tras el informe de la Ponencia, sustituyendo la conjunción “o” por “y”, aceptando así la enmienda nº 46 del Grupo Parlamentario federal de Izquierda Unida que entendía que debía precisarse ese punto y estimaba que debían comparecer ambos, justificando su enmienda, que prosperó, en que la medida cautelar finalmente habría de ser ejecutada por la entidad pública. Tampoco soslaya el Dictamen las reticencias que inspiró la norma: *Incluso tal previsión dio pábulo no sólo a las dudas sino a la desconfianza, pues no faltó quien opinara que tales informes podían venir condicionados por la disponibilidad o no de los recursos correspondientes por parte de las entidades públicas de las que dependían en todos los sentidos dichos representantes, condicionante que en hipótesis no operaría respecto de los equipos técnicos dependientes funcionalmente de Fiscalía.*

De lo anterior se colige que no es preciso y ni siquiera aconsejable, salvo supuestos de carácter excepcional, que el menor expedientado sea sometido a exploración por dos equipos distintos⁷³.

Asimismo, y como respuesta a la intervención a desarrollar, concluye que: el representante de la entidad pública que haya de acudir a la comparecencia lo hará provisto de toda la información de que disponga relativa al menor si éste hubiese cumplido o estuviese cumpliendo alguna medida extrajudicial o judicial, debiendo comunicar dichos informes al profesional del equipo técnico que verifique la exploración del menor, estando en todo caso coordinado con éste, incluso cuando no hubiese informes anteriores, para orientar el centro de internamiento o recurso que fuere más adecuado a las circunstancias del menor⁷⁴.

⁷³ Se pormenoriza al respecto que: *en ningún momento el legislador parece haber pretendido tal, ni hay base normativa objetiva para sostener que en todo caso se lleve a cabo esa práctica. Para empezar, y ateniéndonos a la pura literalidad del precepto, éste no exige que a quien se dé audiencia en el 28-1 y quien asista a la comparecencia del artículo 28-2 sea un miembro del Equipo técnico dependiente de la entidad pública de reforma, sino que se refiere a la representación de la entidad pública de protección o de reforma (28-1) o representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores (28-2).*

Pero es que, por otra parte, no sólo no existiría apoyo legal, sino que en aquellos supuestos en que el menor no sea conocido ni por el equipo técnico de Fiscalía ni por el de la entidad pública, no disponiéndose de información previa por uno u otro, carece de sentido que sea examinado por ambos, y no por desconfianza alguna hacia el de la entidad pública o por el potencial riesgo de eventuales informes contradictorios, sino porque en la generalidad de los casos se antoja innecesario y contraproducente someter al menor y a sus familiares, de paso, a sucesivas y repetitivas exploraciones, invasivas para su intimidad y en un corto espacio de tiempo, el que marca el plazo de detención, que con esa dualidad de exploraciones se dilataría de modo superfluo.

Bastaría de esta forma, en los casos en que se carezca de información previa por los equipos técnicos sobre el menor detenido, que éste sea explorado por el equipo técnico dependiente de la Fiscalía. Esta aseveración no impedirá en casos excepcionales, atendiendo a su gravedad o complejidad, que se pueda abandonar tal pauta general y que el menor sea explorado por profesionales de distintos equipos al objeto de obtener una información lo más detallada posible...

⁷⁴ A este propósito, el referido Dictamen 8/2010, desarrolla los elementos positivos que, según su criterio, puede aportar la intervención del representante de la entidad, aunque careciera de datos previos sobre el menor:

...la práctica demuestra que dicho representante, a partir de la información acumulada, puede ser el primer enlace con el propio centro asignado, a cuyos responsables puede transmitir unos datos valiosos que facilitarán la primera toma de contacto con el personal educativo y la ulterior valoración del menor con vistas, en su caso, a la división posterior en módulos prevista en el artículo 54-3 LORPM y artículo 33 del Reglamento de desarrollo de la LO 5/00. Del mismo modo podrán informar del recurso más adecuado de medio abierto si la medida solicitada o la que finalmente se imponga no fuese de internamiento.

Y la práctica diaria demuestra, además, que el representante de la entidad pública de reforma, más aún si cabe en estos casos a los que nos estamos refiriendo, tiene una importante labor de enlace no con el centro, lo que pudiera ser más circunstancial, sino siempre y en todo caso con los padres y familiares del menor, quienes viven muchas veces la situación de forma aún más traumática que el propio menor expedientado, asumiendo tras la comparecencia dicho representante la ardua tarea de explicarles los pormenores de lo que comporta el internamiento, según el régimen del que se trate, posibilidad de visitas y, en general, todas las comprensibles dudas y tribulaciones que se les presenten. Lo mismo puede predicarse cuando la medida cautelar adoptada fuere de medio abierto facilitando a familiares y al menor la información general de cómo va a desarrollarse, labor, en definitiva, que verifican a diario junto con los equipos técnicos de las diversas Fiscalías, tanto después de las comparecencias de medidas cautelares, como después de las audiencias ante los Juzgados de Menores tras llegarse a una conformidad.

III.-4.2.3 Acusación particular:

Como se indicó al principio, la reforma introducida por LO 8/2006 incluye expresamente una referencia a la acusación particular como parte postulante en el art. 28.2, relativo a la comparecencia previa al internamiento cautelar. Se adecuaba así ese artículo y otros de la LORPM a la reforma del art. 25 por LO 15/2003, que rediseñó el papel de la acusación particular, que hasta la reforma de 2003 no lo era en sentido estricto, ya que las posibilidades de personación estaban limitadas a casos muy concretos y sus facultades eran las de un mero coadyuvante sin acción.

Sin embargo, la reforma, en punto a cautelares y a la intervención de la acusación particular, dejó dos llamativas lagunas interpretativas que fueron aclaradas en la Circular 1/2007 de la FGE.

Por un lado, la alusión a la acusación particular aparece sólo en el mentado apartado segundo del art. 28 (comparecencia para internamientos), pero no en el apartado primero que se refiere al resto de las medidas cautelares no privativas de libertad. Frente a una interpretación gramatical que condujese a negar la legitimación de la acusación particular para instar este último tipo de medidas, la FGE se inclina por una interpretación teleológica y finalista del precepto, sosteniendo que tiene idéntica legitimación para postular las medidas cautelares de medio abierto del apartado primero del artículo⁷⁵.

El otro problema se plantea en relación al apartado tercero del art. 28, referente a la duración y prórroga de las medidas cautelares. Se prevé expresamente la posibilidad de prórroga del máximo de internamiento de seis meses por otros tres, a instancia del Fiscal, pero sin mencionar a la acusación particular. A la inversa, en este caso, la Circular 1/2007 interpretó tal omisión en sentido negativo, entendiendo que el legislador quiso privar a la acusación particular de esta facultad por el carácter excepcional que reviste⁷⁶.

⁷⁵ Según dicha Circular 1/2007 *una interpretación lógica y sistemática ha de llevarnos a superar el tenor literal de este precepto -cuya desarmonía con el apartado segundo trae causa en los avatares parlamentarios- y a propugnar el reconocimiento general de legitimación a la acusación particular para interesar medidas cautelares. En efecto, si se reconoce expresamente a ésta legitimación para promover el internamiento cautelar, que es la medida mas intrusiva, sería absurdo negárselo para proponer medidas menos invasivas, representándose aún con mas intensidad la sinrazón de la exégesis literal si se repara en que de seguirse se negaría legitimación al ofendido para impetrar la medida cautelar creada específicamente para su protección, esto es, la medida de alejamiento*

⁷⁶ Afirma textualmente la mentada Circular que *a la vista de los taxativos términos utilizados por el Legislador y teniendo en cuenta que se trata de una facultad excepcional, en tanto derogadora de la regla general, habrá de entenderse que una vez agotados los seis meses ordinarios de duración de la medida cautelar de internamiento sólo cabrá adoptar la prórroga a instancias del Ministerio Fiscal, decayendo a tales efectos la legitimación de la acusación particular. El apartado tercero del art. 28 claramente refiere que la medida cautelar de internamiento podrá prorrogarse pero a instancia del Ministerio Fiscal. Este matiz mas restrictivo en la prórroga del internamiento cautelar de menores es por lo demás plenamente ajustado a las directrices sugeridas al respecto por la Recomendación Rec (2003)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.*

A fortiori, cabe subrayar cómo expresamente la enmienda nº 168 presentada en el Congreso durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley trató de que se reconociera legitimación a la acusación particular para interesar la prórroga del internamiento. La no aprobación de dicha enmienda revela inequívocamente que la voluntad legislatoris era contraria al reconocimiento de tal legitimación.

Esta última alusión nos sirve para enlazar con el siguiente apartado, relativo a la duración y prórroga de las medidas.

III.-5 DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LAS MEDIDAS:

III.-5.1 Medidas cautelares privativas de libertad

Respecto a las medidas cautelares privativas de libertad, el apartado tercero del art. 28 ha previsto en todo momento unos topes máximos. En la redacción originaria eran de tres meses prorrogables por otros tres más. Luego de la reforma por LO 8/2006 el plazo inicial de internamiento cautelar se amplió de tres a seis meses, prorrogables por otros tres⁷⁷.

La reforma respondió a las críticas recibidas -en buena medida desde las Fiscalías- en cuanto lo reducido de los plazos previstos, especialmente en delitos muy graves y de instrucción compleja, en que podían fácilmente agotarse los plazos de cautelar durante la investigación o en fase de audiencia, con la consecuencia de tener que acordar la libertad de imputados implicados en delitos de gran repercusión social y trascendencia (homicidios, asesinatos, violaciones...).

Ya en el año 2001, una de las Conclusiones aprobadas en la Cumbre Nacional de Canarias, había sido la de instar la reforma del art. 28. 3 LORPM, de tal forma que el tiempo máximo de duración de la medida cautelar de internamiento, en los supuestos previstos en la Disposición Adicional Cuarta (homicidio, asesinato, agresiones sexuales y terrorismo -actual art. 10.2 LORPM-) pudiera prolongarse por tiempo máximo de un año, a instancia del Ministerio Fiscal y mediante auto motivado.

Tras la reforma, no obstante, el precepto sigue siendo objeto de censura en las Memorias de algunas Fiscalías provinciales, entendiendo que los plazos actuales continúan siendo muy exigüos para los delitos más graves, -a veces con coimputados adultos y menores de edad- que requieren llevar a cabo numerosas y complejas diligencias que se dilatan en el tiempo (periciales de policía científica, ADN etc.)⁷⁸.

⁷⁷ Debe traerse a colación lo que precisa, en cuanto a esos plazos, el Dictamen 3/2012 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores: *No obstante, que el plazo máximo de internamiento cautelar sin prórroga sea actualmente de seis meses no es óbice para que la resolución judicial que lo acuerde fije un plazo más corto (vgr. tres meses), como ocurre a veces en la praxis judicial; también puede ser el propio Fiscal quien al postular la medida cautelar limite su duración de esa forma. Todo ello al objeto de agilizar al máximo la tramitación de la causa y reducir al mínimo imprescindible el periodo de cautelar.*

⁷⁸ *En relación con dos delitos de máxima gravedad acaecidos en su territorio, conocidos como el crimen de la calle Felix Aramburu y “el descuartizamiento de Vallobín”, la Fiscalía de Asturias pone sobre el tapete el problema que supone en esta clase de delitos, asesinatos de instrucción muy compleja en que se vieron envueltos un menor en cada uno, lo reducido de los plazos de internamiento cautelar. En el primero de los casos el menor implicado, aunque fue juzgado antes del vencimiento de los nueve meses de internamiento, al recurrirse la sentencia hubo de quedar en libertad durante unos dos meses, con la consiguiente “alarma social” a la que alude esta Fiscalía, hasta que se dictó sentencia firme por la Audiencia Provincial, al no preverse en la legislación de menores una cláusula equivalente al artículo 504, párrafo segundo L.E.Crim; la segunda de las causas a las que se refiere no ha sido juzgada aún, previéndose que la menor haya de quedar en libertad. Parecidas consideraciones hace la Fiscalía de Área de Algeciras poniendo de manifiesto que en los supuestos de asesinatos y*

En su momento se planteó la posibilidad de paliar este problema, una vez recaída sentencia en primera instancia, mediante la aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 504.2, segundo párrafo de la LECrim., que permite prorrogar la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta en sentencia mientras se tramita la apelación.

Inmediatamente recayeron algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales negando la posibilidad de aplicar supletoriamente esa previsión a las medidas cautelares de internamiento acordadas en la legislación de menores.

Así, aunque el auto del Juzgado de Menores nº 1 de Cádiz de fecha 30 de marzo de 2001, admitió la aplicación supletoria de la LECrim., para prolongar la medida cautelar hasta el límite de la mitad de la medida impuesta en la sentencia, tal auto fue revocado por otro de la Audiencia Provincial de 5 de Junio de 2001, estimando el recurso del Fiscal, fundando su resolución en la agravación de la situación personal del imputado o restricción en mayor grado de sus derechos fundamentales que supondría una interpretación analógica *in malam partem*⁷⁹.

Una interpretación similar recogió el auto de 13 de Marzo de 2001 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid.

Entendemos plenamente correcta y ajustada a la legalidad vigente esta interpretación, pues en ningún caso cabe aplicar supletoriamente, en este caso la LECrim, por vía de la Disposición Final Primera, cuando la LORPM contiene una previsión expresa y taxativa en cuanto a la duración de los plazos de las cautelares de internamiento.

Cuestión distinta sería que, *de lege ferenda*, se considere necesaria -como ponen de manifiesto algunas Fiscalías- una reforma legal al respecto que incluya en el articulado de LORPM una posibilidad análoga a la prevista en el art. 504.2, párrafo segundo LECrim, al menos respecto a los delitos de máxima gravedad contemplados en el art. 10.2 LORPM.

Cuando deba solicitarse prórroga del internamiento otra cuestión que se suscitó desde el principio, y que la Ley no aclara, es la de si debe celebrarse o no nueva comparecencia.

homicidios tramitados durante el año 2009 en esa Sección se ha cumplido el plazo de los nueve meses de medida cautelar, quedando los menores en libertad vigilada hasta tener Sentencia definitiva (extraído de la Memoria de la FGE correspondiente a 2010)

⁷⁹ El auto señalaba rotundamente que: *Para el supuesto hipotético que se opte por pensar que estamos ante un olvido del legislador y la posible aplicación supletoria de la disposición final primera, debe hacerse la acotación siguiente antes comentada, cual es la imposible aplicación de normas analógicas o supletorias en perjuicio del menor agraviado (lo cual no es necesario que lo diga expresamente la Ley del Menor). Ni nuestro Derecho Penal, ni los principios derivados del mismo, permitiría una interpretación extensiva ni un uso analógico para agravar las situaciones personales o restringir en mayor grado los derechos fundamentales de los imputados, ya que nos moveríamos entonces en el campo de la analogía "in malam partem", desautorizada expresamente por el artículo 2 del Código Penal que, dicho sea de paso, sí puede y debe ser operativo lógicamente por el uso supletorio sin problemas interpretativos de la disposición final antes reseñada de la Ley Orgánica 5/2000*

De esta forma hubo Jueces que se posicionaron a favor de la celebración de otra comparecencia en los mismos términos que la establecida en el art. 28.2, mientras que otros mantuvieron que no era necesario celebrar una nueva comparecencia para acordar la prórroga de la medida cautelar de internamiento.

En las conclusiones de la Cumbre Nacional de Fiscales de 2001 en Canarias *sobre el Fiscal y la Ley del Menor* los Fiscales intervinientes acordaron que no era necesario celebrar una nueva comparecencia para acordar la prórroga de la medida cautelar de internamiento. Este mismo criterio fue el seguido por la FGE en la Circular 1/2007⁸⁰.

No obstante tal toma de postura de la FGE, los criterios en los Juzgados siguen siendo dispares y en algunos lugares se han continuado celebrando comparecencias cada vez que se pretendía acordar la prórroga de una medida cautelar de internamiento⁸¹.

III.-5.2 Medidas cautelares de medio abierto:

Respecto a las medidas cautelares no privativas de libertad, si bien existe alguna resolución judicial aislada como el AAP Málaga, Secc. 8ª, nº 18/09, de 13 de enero⁸², entendiendo que esas medidas deberían estar sujetas también a un plazo determinado de duración, lo cierto es que el art. 28 de la LORPM no contempla un plazo límite. Por eso, el criterio de la FGE, expresado en la Circular 1/2000 y reiterado en la 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes*, es que “estas medidas podrán mantenerse -y ello debe ser lo usual- durante toda la instrucción y fase de

⁸⁰ Según la Circular 1/2007: *Cabe plantearse si la prórroga del internamiento cautelar mas allá de los seis meses ordinarios exigirá la celebración de comparecencia con asistencia del menor. Del contraste de los términos utilizados por el apartado segundo del art. 28 (se refiere a la comparecencia para acordar el internamiento) con los utilizados por el apartado tercero del mismo precepto (exige instancia del Ministerio Fiscal y audiencia del Letrado del menor) la conclusión ha de ser la de que el régimen es distinto, flexibilizándose los requisitos procedimentales para acordar la prórroga, que por tanto no precisará de comparecencia y podrá cumplimentarse con la audiencia (que no exige presencia física) del Letrado, aunque también -y con la misma matización- será preciso oír previamente al menor afectado. La flexibilidad en el abordaje procedimental de la prórroga es acorde con la necesidad de preservar el interés superior del menor, que podría quedar empañado con traslados constantes al Juzgado.*

⁸¹ Así, en los Juzgados de Menores de Madrid, por sistema, con la peculiaridad añadida que, con frecuencia, las medidas de internamiento no se acuerdan, en muchas ocasiones, por el plazo máximo de seis meses, sino por tres, o por menos, con la consecuencia de que son abundantes tales convocatorias para prórrogas de internamientos con los consiguientes traslados frecuentes de menores, lo que frustra las buenas intenciones *de preservar el interés superior del menor, que podría quedar empañado con traslados constantes al Juzgado* que hemos visto (vid. Nota anterior) guiaban a la Circular 1/2007 en este punto.

⁸² Entendía dicho auto, dictado a propósito de una medida cautelar de libertad vigilada, que no era correcto establecer esa medida cautelar *sin una duración determinada, acordando su mantenimiento hasta la firmeza de la sentencia que en su día se dicte, pues tal indefinición es incompatible con la revisión y control que debe tenerse respecto de cualquier medida cautelar, aunque no sea privativa de libertad y no es admisible que se someta al menor encausado a ella hasta un momento tan incierto como el de la firmeza que en su momento, y en su caso se pronuncie.*

enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma”.

Lo anterior no debe ser óbice para que la tramitación de causas con medidas cautelares no privativas de libertad, aún sin la premura que imponen los internamientos, se someta a semejantes pautas de celeridad y preferencia. En tal sentido la propia Circular 1/2000, después de sentar la doctrina reseñada respecto a tales medidas deja claro que, *no obstante los Sres. Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.*

III.-5 DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LAS MEDIDAS:

El apartado quinto del art. 28 se refiere al abono del tiempo de cumplimiento de la medida cautelar en el mismo expediente en que se adoptó o en otros distintos seguidos por hechos anteriores a la adopción de la medida y a la compensación de medidas de distinta naturaleza.

Según reza textualmente: *el tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.*

De entrada, se antojaba complicado concebir una pauta general de cuál había de ser la equivalencia entre medidas de distinta naturaleza, por ser una privativa de libertad y otra de medio abierto. Así, los ejemplos más frecuentes: ¿cuántos días de libertad vigilada cautelar deberán abonarse a una medida definitiva de internamiento en régimen cerrado o semiabierto, o viceversa? Y dentro de medidas de la misma naturaleza, de internamientos, ¿cuál sería la equivalencia entre el cerrado y el semiabierto?

Con todo, la cuestión no es extraña al Derecho Penal, pues como señala FIERRO GOMEZ, en la jurisdicción de adultos el Código Penal contempla supuestos de equivalencia entre penas de distinta naturaleza (vgr. los arts. 53 y 88, al equiparar el día de privación de libertad con dos cuotas de multa)⁸³.

Como señala este mismo autor, parece que el legislador quiere dejar la compensación al prudente arbitrio judicial, aunque entiende que el art. 120.3 CE le obligará, en cada caso, a motivar la resolución.

Ciertamente, parece que la decisión, en último término, dependerá de las circunstancias de cada caso en concreto, lo que no ha impedido que, a lo largo de estos años, en cada lugar se hayan venido fijando por el *usus fori*, o en función de criterios acordados en Juntas de Jueces de Menores o en las Secciones de Menores de las Fiscalías, unas equivalencias entre medidas de carácter general, sin perjuicio de su adaptación variable a cada caso concreto.

⁸³ FIERRO GÓMEZ, AVELINO (La intervención de letrado...op cit)

Con el fin de unificar -en la medida de lo posible- pautas de actuación en esta materia, por la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores se emitió, en su día, el Dictamen 6/2010, *sobre el abono de medidas cautelares y la liquidación de condena*. Se reseña en el mismo una detallada tabla de equivalencias, para la que se tuvieron en cuenta los criterios que se venían aplicando, por ejemplo, en Valencia, Córdoba o Sevilla, si bien como matiza el propio Dictamen se trata de *un instrumento para ayudar a los Fiscales a la hora de postular la conversión, en el bien entendido de que se trata de criterios orientativos*⁸⁴.

III.-6 MEDIDAS CAUTELARES EN CASO DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Bajo tal rúbrica aparece el art. 29, uno de los más desafortunados de la LORPM y cuyo tenor literal es el que sigue:

Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º o 3º del art. 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus arts. 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley.

La reprobación doctrinal de este precepto, por parte de Fiscales y Jueces, no ha podido ser más unánime y acerba, hasta el punto de que algún autor (FIERRO GÓMEZ, AVELINO) recoge en un trabajo lo que irónicamente califica de “antología” de las diatribas que ha merecido⁸⁵.

⁸⁴ Entre las equivalencias más comunes de entre las recogidas en el completo cuadro, se propone que 1 día de internamiento en cerrado equivale a 2 días de internamiento en centro semiabierto; 1 día de internamiento cerrado equivale a 4 de libertad vigilada o convivencia con familia o grupo; 1 día de internamiento semiabierto equivale, a su vez, a 2 de libertad vigilada o convivencia con familia o grupo etc.

⁸⁵ Extraído de FIERRO GÓMEZ, AVELINO (*La intervención de letrado...op cit*):

“Así, para Urbano Castrillo/De la Rosa Cortina, el artículo 29 “incurre en una confusión clara de conceptos: se pierde totalmente de vista el sentido técnico jurídico de la medida cautelar en un procedimiento penal de menores confundiéndolas con las medidas cautelares que podrían adoptarse en el sendo del procedimiento de incapacitación. Ni siquiera se dice quién adoptará esas medidas, al hacer referencia a que ‘se adoptarán’; se utiliza una finalidad ajena a la del procedimiento penal ‘para la protección y custodia del menor’ y se hace referencia a la fundamentación jurídica ‘conforme a los preceptos civiles aplicables’. Creemos que estas medidas debieran ser instadas del Juez civil y no del Juez de Menores, y en el seno del procedimiento de incapacitación y no en el seno del procedimiento penal del menor. Y todo ello sin perjuicio de las facultades del Juez de adoptar medidas protectoras provisionales –que no cautelares- al amparo del art. 158 CC.

En relación con estos supuestos, como medida cautelar propia del proceso penal del menor, en el caso de que las circunstancias del procedimiento así lo exijan y concurran los presupuestos necesarios de toda medida cautelar, la que sí creemos podrá adoptarse es la medida cautelar de internamiento terapéutico”.

Para Gómez Recio, el internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio “...se convierten en un remedo de medidas de seguridad, debiendo estar desprovistas de cualquier carácter sancionador... la LORPM funde, dificultosamente, ...aspectos de las penas, de las medidas de seguridad, y de las

La FGE tampoco ha sido más benigna con dicho artículo, pues la Circular 1/2007, después de lamentar que se mantuviera incólume tras la reforma de la LO 8/2006, asevera que *incurre en graves deficiencias conceptuales, propicia interpretaciones erróneas, y, en definitiva traiciona, en su desarrollo, la rúbrica que pretendidamente sintetiza su contenido.*

Esta Circular, no obstante, esboza las conclusiones interpretativas que se pueden extraer de dicho precepto, siguiendo la línea marcada por la previa Circular 1/2000⁸⁶.

Así entiende que debe claramente partirse de que el art. 29 LORPM ni regula propiamente medidas cautelares, ni las medidas a que hace referencia son

disposiciones civiles de protección...”. Finalmente, se pregunta qué medidas podrían imponerse y concluye que ninguna de las previstas en la LORPM, según el tenor literal del artículo 29, que se remite siempre a los preceptos civiles aplicables, (158 C.Civil, 763 LECivil y 14, 16 y 17 de la L.O. 1/96 de Protección Jurídica del Menor).

Para Ornosa Fernández: “La posibilidad de aplicar a menores que se encuentran en una de las circunstancias eximentes de los números 1º, 2º ó 3º del art. 20 del Código Penal una de las medidas terapéuticas previstas en el art. 7.d) y e) de la LORPM ya ha sido criticada con amplitud al comentar los artículos 5.2 y 9. No es posible que a una persona que está exenta de responsabilidad criminal se le aplique una medida de las previstas en la Ley por mucha finalidad terapéutica que tenga, puesto que, como ya se ha razonado, las medidas previstas para los menores nada tienen que ver con las medidas de seguridad reguladas por el Código Penal, ya que éstas se sustentan sobre un pronóstico de peligrosidad futura, tal como se desprende del art. 6 del mismo, muy alejado de las bases de la aplicación de las medidas en el proceso penal de menores... Con la aplicación de este precepto los principios de seguridad jurídica y de legalidad se verían seriamente dañados, así como el de igualdad, ya que los adultos en semejantes casos tienen derecho a la exención de responsabilidad y en este punto, cabe considerar que se está infringiendo el principio de proporcionalidad regulado en el párrafo segundo del art. 8 de la LORPM, ya que un adulto nunca hubiera podido ser declarado responsable penalmente y el menor sí lo va a ser a efectos de aplicarle una medida por muy terapéutica que sea”.

La apreciación anterior de comparación con la legislación penal de mayores de edad debe matizarse con la opinión de Aparicio Blanco expresada en los términos siguientes: “¿por qué ha de continuar el procedimiento penal y qué sentido tiene, confirmada la exención de la responsabilidad en sentencia, adoptar nuevamente medidas terapéuticas de internamiento o tratamiento ambulatorio –únicas posibles según el precepto en el ámbito del proceso judicial si ya se han adoptado con anterioridad?...”

El tratamiento procesal del menor inimputable se equipara, así al de los inimputables adultos respecto de los que la LECr no autoriza el sobreseimiento sino que ordena la continuación de la causa hasta sentencia.”

Este autor, después de atribuir –ante el silencio de la LORPM- la competencia para acordarlas al Juez de Menores, escribe: “Más arriesgado es pronunciarse acerca de la competencia judicial o administrativa para el *seguimiento y control* de la ejecución de la medida cautelar de protección adoptada por el Juez de Menores, ejecución que se habrá de llevar a cabo ‘conforme a los preceptos civiles aplicables...’”

⁸⁶ Según la Circular 1/2000: *El art. 29 se refiere a los menores en los que se aprecie la concurrencia de alguna de las causas de exención de la responsabilidad penal previstas en el art. 20, 1º, 2º y 3º del CP y exige la adopción de las medidas cautelares precisas para su protección y custodia conforme a los preceptos civiles. La medida cautelar de naturaleza penal más adecuada para estos casos sería el internamiento terapéutico, cuyo presupuesto legal se hallaría en el art. precedente, al referirse al internamiento en centro en el régimen adecuado, lo que en buena hermenéutica autoriza la remisión a la medida del art. 7.1.d. (...)*

En cuanto a la incapacidad del menor y la promoción de la constitución de los organismos tutelares, huelga decir que no son verdaderas medidas cautelares, y que para su promoción el Fiscal se dirigirá a los órganos de la jurisdicción civil ante los que formulará las pretensiones que estime oportunas.

susceptibles de ser adoptadas por el Juez de Menores en el curso del expediente de reforma del menor...

Pero a continuación la propia Circular 1/2007 deja claro que:

Lo que sí cabrá impetrar del Juez de Menores en estos casos en el expediente de reforma será la adopción, cuando proceda, de la medida cautelar de internamiento terapéutico, admisible a la vista de la amplia formulación del párrafo segundo del apartado primero del art. 28, conforme al que las medidas cautelares podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, partiendo siempre de las limitaciones que impone el art. 8 LORPM, que también tendrían efecto sobre el ámbito de la tutela cautelar, de modo que si el delito imputado no lleva aparejada pena privativa de libertad, conforme al CP, no podría imponerse ni medida privativa de libertad en sentencia ni medida cautelar equivalente.

También podrán los Sres. Fiscales en estos supuestos promover en el propio proceso penal de menores las medidas que consideren necesarias al amparo de lo dispuesto en el art. 158 CC. Entre ellas, reiterando lo establecido en la Circular 1/2000, cabrá adoptar cautelarmente la medida de tratamiento terapéutico.

Para los casos, puramente excepcionales, de menores totalmente inimputables necesariamente las únicas medidas imponibles son las terapéuticas de internamiento o tratamiento ambulatorio, conforme a la previsión contenida en el art. 9.5 LORPM (cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el art. 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el art. 7.1, letras d) y e) de la misma).

La reciente Circular 3/2013 de la FGE, *sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil*, insiste en esa idea⁸⁷, volviendo a abordar el tema con carácter global y sistematizando todos los criterios que deben guiar la aplicación de esta medida.

Pero la afirmación anterior no es óbice para que, tal y como se observa en la práctica diaria, pueda interesarse y adoptarse el internamiento terapéutico, en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 7.1 LORPM tras la reforma por LO 8/2006 (cerrado, semiabierto o abierto) no sólo cuando concurra una causa de exención total de responsabilidad penal de las previstas en el 20.1 2 y 3 del CP, sino también cuando la exención fuera parcial, o incluso cuando se trate de menores imputables, en los que puedan observarse trastornos diversos o adicciones que precisen de abordaje terapéutico.

Respecto a la posibilidad de acordarse cautelarmente la medida de tratamiento ambulatorio, la Circular 1/2000 de la FGE no dejaba clara la cuestión, pareciendo remitirse a la vía del art. 158 del CC para su adopción, al decir que: *en todo caso hay*

⁸⁷ *...cuando se aprecia una eximente, por imperativo del art. 9.5 solo podrá imponerse internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. Por mucho que concurran "condiciones de riesgo", nunca podría imponerse un internamiento en régimen cerrado. Lo que sí es posible tras la reforma 8/2006, es la imposición en estos casos de un internamiento terapéutico en régimen cerrado (Circular 3/2013 sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil)*

que considerar comprendida en el ámbito del art. 29 LORPM la posibilidad de sujetar al menor a un tratamiento ambulatorio como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el art. 158.3º CC, a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia. A diferencia de lo que ocurre con el internamiento terapéutico, inserto en el elenco de medidas cautelares del art. 28 LORPM, el tratamiento ambulatorio constituiría una medida protectora de naturaleza civil.

Sin embargo, en la práctica jurisdiccional fueron abriéndose paso interpretaciones conforme a las cuales la medida de tratamiento ambulatorio (para semiimputables o plenamente imputables, pero con trastornos o adicciones) resultaba imponible como medida cautelar, como regla de conducta de la libertad vigilada.

En tal sentido, debe aludirse al Auto nº 432/2011 de 23 de junio, dictado por la Sección 5ª de la AP de Tenerife, revocando un auto del Juzgado de Menores nº 2 de Santa Cruz de Tenerife, que rechazaba la adopción de cualquier medida cautelar consistente en tratamiento ambulatorio entendiendo que esta medida no está comprendida en el catálogo de medidas cautelares del art. 28.1 LORPM.

Refería la Memoria de la Fiscalía Provincial de Tenerife correspondiente a 2011 que tras interponer la Fiscalía recurso de apelación por infracción de normas del ordenamiento jurídico, la Sección 5ª de la Audiencia estimó la pretensión deducida por el MF, asumiendo los argumentos recogidos en el recurso y que, sucintamente expuestos, se contraen a entender, según expone la Sección de Menores de esa provincia que *si bien en el art. 28 LORPM no está recogido expresamente el tratamiento ambulatorio como medida cautelar, bien puede articularse como regla de conducta de una medida cautelar de libertad vigilada.*

Con posterioridad la FGE en la citada Circular 3/2013, abunda en esta idea, indicando que: *estas medidas terapéuticas (internamiento o tratamiento ambulatorio) pueden aplicarse a los menores que las necesiten, aunque su enfermedad o adicción no haya determinado supresión o disminución de su imputabilidad, con los límites derivados de los principios de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.*

En esa línea interpretativa se basa el referido Dictamen 2/2013 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores (*sobre las posibilidades de aplicación cautelar de determinadas medidas no mencionadas en el art. 28 LORPM*), para concluir que “en casos de inimputabilidad parcial o imputabilidad plena acompañada de trastornos o adicciones, si la medida indicada fuese la de tratamiento terapéutico externo, puede igualmente adoptarse como regla de conducta de una libertad vigilada, con apoyo en el art. 7.1 h 7ª LORPM) y en el carácter complementario que tiene de otras medidas según su definición legal (art. 7.1 e LORPM)”⁸⁸.

⁸⁸ “Si la medida indicada en los casos de inimputabilidad parcial o imputabilidad con trastornos o adicciones fuese la de tratamiento terapéutico externo, la ausencia de una mención específica en el art. 28 de la LORPM a la medida de tratamiento ambulatorio no es óbice para que pueda solicitarse y adoptarse como regla de conducta de una libertad vigilada.

Aunque debe propugnarse su imposición también por la vía del art. 7.1- h 7ª LORPM, este precepto no es el único fundamento para sostener la aplicación como cautelar del tratamiento ambulatorio.

Aún salvando las distancias con la homónima medida de seguridad no privativa de libertad prevista en el CP, la posibilidad de sumisión a tratamiento médico resulta intrínseca a la naturaleza de la libertad vigilada, como lo evidencia el tenor del art. 106.1 k) CP. Dicho precepto contempla expresamente

como una de las obligaciones sujetas a control judicial, *la de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.*

Asimismo, hay que tomar en cuenta el carácter específicamente complementario de otras medidas que suele tener la de tratamiento ambulatorio, tal y como resulta de su definición legal en el art. 7.1 e): *esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra.*" (Dictamen 2/2013 de la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores)

