

LA GUARDIA DEL FISCAL DE MENORES: CUESTIONES MAS PROBLEMÁTICAS.

José Martí García

Fiscal de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial de Madrid

RESUMEN : En la presente exposición se ha intentado aportar una visión general de aquellos aspectos de las guardias que el Fiscal desarrolla en materia de menores, tanto desde el punto de vista de los aspectos formales como en lo que se refiere a su contenido y desarrollo, partiendo en todo caso de la distinción entre asuntos de reforma y de protección y de las peculiaridades y problemas que inevitablemente resultan de atribuir al Fiscal la responsabilidad de la investigación de las infracciones penales, limitándose el Juzgado de Menores a ser un “Juez de Garantías”, en la misma dirección en la que apunta el nuevo Código Procesal Penal que está empezando a debatirse.

Sumario : Algunas cuestiones previas. Competencias : protección y reforma. Detenidos : competencia por razón de la persona; competencia territorial y competencia objetiva. Especial referencia a los plazos de detención. Práctica de diligencias : cuestiones específicas en materia de menores. Puesta en libertad o petición de medida cautelar al Juzgado de Guardia.

ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

La presente exposición si bien tiene como punto de referencia la organización y desarrollo de la Guardia en la Fiscalía de Menores de Madrid, es plenamente aplicable a la actuación de cualquier Fiscalía de Menores, con las lógicas diferencias derivadas de las distintas posibilidades de organización existentes (con dedicación exclusiva o no, compatibilizando o no reforma y protección, etc).

Para dar respuesta a todas las cuestiones que se planteen, las personas que integran el Equipo de Guardia en las Fiscalías de Menores son el Fiscal, el Médico Forense, el miembro de Equipo Técnico y los Funcionarios de Fiscalía de Menores.

En concreto, la duración del servicio de guardia en Madrid es de 24 horas (12 de presencia –de 09,00 horas a 21,00 horas- y 12 de localización por teléfono móvil –de 21,00 horas a 09,00 horas-). Por su parte los Juzgados de Menores de Madrid realizan guardias de 3 días y el Colegio de Abogados tiene un servicio de Letrados de Guardia de Menores formado por especialistas en la materia.

Una esencial peculiaridad de la Guardia de la Fiscalía de Menores frente a las Guardias que se practican por los Juzgados de Instrucción es que mientras que los Juzgados de Instrucción continúan tramitando cada asunto que tiene entrada en su Guardia (practicando el propio Juzgado si fuera necesario diligencias los días inmediatamente posteriores), en la Fiscalía de Menores el Fiscal de Guardia que incoa el procedimiento en el caso de que no se pudieran practicar en el día las diligencias de investigación imprescindibles para decidir si se

interesa o no del Juzgado de Menores una medida cautelar, deja ese asunto en manos del Fiscal que entra de guardia el día siguiente para que continúe con la práctica de esas diligencias hasta decidir la libertad o la petición de medida.

COMPETENCIAS : PROTECCIÓN Y REFORMA

La primera cuestión a tener en cuenta cuando hablamos de la Guardia en una Fiscalía de Menores es diferenciar lo que son competencias en materia de protección y en materia de reforma.

- **PROTECCION** : se trata de las actuaciones a practicar de manera urgente durante el desarrollo de la Guardia en relación a menores de edad (cualquier edad, siempre que sean menores) que pudieran estar en situación de desamparo, dirigidas a concretar en la medida de lo posible la identidad y circunstancias del menor, su edad y –en su caso- decidir sobre su ingreso en un centro de protección. Desde el punto de vista de la práctica, se traduce en :

A) actuaciones respecto a **menores no acompañados en aplicación del artículo 35 LO 8/2000** sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (se escucha al menor en comparecencia, se practican las pruebas diagnósticas, y el Médico Forense emite informe, a la vista de lo cual el Fiscal resuelve),

B) comunicaciones de la **Comisaría del Aeropuerto de Barajas** sobre incidencias en los controles aduaneros (principalmente, llegadas de menores en vuelos procedentes de África y Sudamérica),

C) todo tipo de **consultas telefónicas** en relación a conflictos no penales en los que aparecen implicados menores de edad (p.e. consultas médicas sobre atención a menores en Urgencias ante la ausencia de sus representantes legales).

- **REFORMA** : infracciones penales cometidas por menores de edad de entre 14 y 18 años. Las cuestiones se plantean en la Guardia en relación a menores detenidos (por regla general, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, pero también pueden ser presentados como detenidos por orden de un Juzgado de Instrucción –una vez en la tramitación de la causa se acredita la menor edad de un imputado que esté en prisión preventiva-, por un Juzgado de Menores o por otro Fiscal de Menores), aunque pueden suscitarse cuestiones por hechos cometidos por menores no detenidos, como la recepción de la denuncia que desee interponer cualquier ciudadano por infracciones penales cometidas por menores o la petición de medidas de alejamiento o prohibición de comunicación contra un menor de edad (en este supuesto, a diferencia de lo que ocurre con un denunciado mayor de edad, no se puede imponer a un menor una medida cautelar de alejamiento sin escucharle, de manera que siempre habrá que citar al menor de manera urgente para que comparezca en Fiscalía a ser explorado y ser entrevistado por el Equipo Técnico).

A la hora de investigar la responsabilidad de un menor en la comisión de una infracción penal el Fiscal puede optar para practicar las distintas diligencias de investigación entre dos procedimientos : el Expediente de Reforma y las D. Preliminares, que suponen respectivamente la judicialización o la no judicialización de las actuaciones. Cualquier asunto penal que pase por la Fiscalía de Guardia dará lugar siempre a la incoación de D. Preliminares y según las

circunstancias concurrentes, las actuaciones se practicaran exclusivamente en ese cauce procedimental o bien se incoará –inmediatamente o no- un Expediente de Reforma. Las D. Preliminares son actuaciones pre-procesales -equivalentes a las Diligencias de Investigación del Fiscal en infracciones penales cometidas por mayores de edad- de las que se hace uso cuando la identidad o implicación del menor en los hechos o los indicios de criminalidad son insuficientes, con la finalidad de practicar las diligencias imprescindibles para concretar esas circunstancias. No obstante, las D. Preliminares se trasformarán inmediatamente en Expediente en los casos en que no se susciten dudas al respecto de esas cuestiones. Los efectos de “trabajar” durante la Guardia empleando uno u otro procedimiento son esenciales pues de la incoación de las D. Preliminares no se da parte al Juzgado de Guardia y no se permite durante su tramitación la contradicción (el perjudicado no podrá personarse) mientras que de la incoación del Expediente de reforma se da parte al Juzgado de Menores y la práctica de las diligencias de investigación tiene lugar con respeto absoluto a la contradicción (el perjudicado puede personarse como Acusación particular, puede interesar del Juzgado una medida cautelar y la práctica de diligencias que sean restrictivas de derechos como registros, intervenciones telefónicas, pedir el secreto de las actuaciones, etc). Por tanto, en las Preliminares es el Fiscal el que tiene la competencia exclusiva para decidir qué diligencias se practican y a la vista de su resultado acordar el archivo o la incoación de Expediente (sin que ninguna de sus decisiones sea recurrible) mientras que en el Expediente el Juzgado de Menores puede a instancia de las demás partes practicar las diligencias de investigación que previamente haya denegado el Fiscal y es el Juzgado también el que tiene la última palabra sobre la conclusión del procedimiento, limitándose el Fiscal al terminar la fase de investigación a interesar del Juzgado el archivo o la celebración de la Audiencia.

Dada la irrecurribilidad de las decisiones del Fiscal en las D. Preliminares, pueden darse situaciones en las que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva quede en entredicho pues no es difícil imaginar asuntos en los que la valoración del resultado de las diligencias de investigación practicadas sea radicalmente opuesta entre el Fiscal y el perjudicado. El ejemplo paradigmático puede ser el de los delitos contra la libertad sexual, cuando la declaración inculpatoria de la perjudicada no venga avalada por otros datos. En estos casos (que en la práctica son escasos) la prudencia aconseja incoar Expediente de Reforma para permitir la personación de la perjudicada como Acusación Particular a fin de que formule acusación, frente a la petición de archivo del Fiscal, debiendo el Juzgado de Menores decidir si acuerda el archivo o la celebración de la Audiencia, con lo que el Derecho a la Tutela Judicial quedaría salvaguardado.

Desde el punto de vista procedimental, no está prevista la posibilidad de celebrar Juicios Rápidos en las infracciones penales cometidas por los menores y una vez incoado Expediente de Reforma su tramitación es idéntica con independencia de la naturaleza de las infracciones penales (es decir, no hay una tramitación distinta para delitos y para faltas ni tampoco para los delitos que de ser cometidos por mayores de edad determinan la incoación de Sumario, tampoco son aplicables las normas del Jurado).

DETENIDOS : ART. 17 L. O. 5/2000. COMPETENCIA POR RAZON DE LAS PERSONAS, TERRITORIAL Y OBJETIVA.

La presentación de menores detenidos por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad ante el Fiscal de Guardia para que éste resuelva sobre su situación personal es la actividad que centra el desarrollo de la Guardia. De la práctica diaria resulta que es el delito de robo con intimidación o

violencia en que da lugar al mayor número de detenciones, seguido del delito de violencia doméstica en el ámbito familia y el delito de lesiones.

La detención de los menores se encuentra regulada en el art. 17 L. O. 5/2000 :

Artículo 17. Detención de los menores.

“1. 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 artículo 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 y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

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.

3. 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.

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

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

6. El Juez competente para el procedimiento de hábeas corpus en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. Cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora.”

En la Fiscalía de Madrid existe un protocolo de actuación en virtud del cual las distintas Comisaría y Puestos de la G. Civil cuando detienen a un menor por un delito deben realizar una consulta al Fiscal de Guardia con carácter previo a adoptar cualquier decisión, remitiendo para ello por fax copia de las actuaciones tramitadas hasta ese momento. De manera que el Fiscal, tras estudiar ese adelanto y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes (si el menor tiene o no otros antecedentes en Fiscalía y, en su caso, la naturaleza de las infracciones penales por las que ha sido denunciado anteriormente, sus circunstancias familiares –si se han personado o no familiares tras su detención en la Comisaría o Puesto-, la calificación jurídica que pudiera derivarse del adelanto del atestado) comunicará telefónicamente a los agentes si el menor debe ser puesto en libertad o presentado en Fiscalía como detenido, o incluso también puede indicar a los agentes las diligencias que a su juicio deberían practicarse en el atestado para poder pronunciarse fundadamente al respecto (p.e que se intentara en sede policial un reconocimiento fotográfico del sospechoso por el perjudicado o testigo).

El art. 17 LO 5/2000 viene complementado por el artículo 2 R. Decreto nº 1774/2004 de fecha 30 de Julio de Reglamento de la L. O 5/2000, que bajo el epígrafe “Actuación de la Policía judicial” establece :

“1. La Policía Judicial actúa en la investigación de los hechos cometidos por menores que pudieran ser constitutivos de delitos o faltas, bajo la dirección del Ministerio Fiscal.

2. La actuación de la Policía Judicial se atenderá a las órdenes del Ministerio Fiscal y se sujetará a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Salvo la detención, toda diligencia policial restrictiva de derechos fundamentales será interesada al Ministerio Fiscal para que, por su conducto, se realice la oportuna solicitud al juez de menores competente.

3. 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.

4. A tal efecto, cuando, de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se proceda a la detención de un menor, se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones 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.

5. 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.

6. Además de lo anterior, existirá un registro o archivo central donde, de modo específico para menores, se incorporará la información relativa a los datos de estos resultantes de la investigación. Tal registro o archivo solo podrá facilitar información a requerimiento del Ministerio Fiscal o del juez de menores.

Tanto los registros policiales como el registro central al que se refiere este apartado estarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

7. Cuando el Ministerio Fiscal o el juez de menores, en el ejercicio de sus competencias atribuidas por la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, deseen consultar datos relativos a la identidad o edad de un menor, requerirán del mencionado registro o archivo central que se comparen los datos que obran en su poder con los que existan en dicho registro, a fin de acreditar la identidad u otros datos del menor expedientado. A tal fin, dirigirán comunicación, directamente o a través del Grupo de Menores u otras unidades similares, al mencionado registro, que facilitará los datos y emitirá un informe sobre los extremos requeridos.

8. Los registros de menores a que se refiere este artículo no podrán ser utilizados en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicada la misma persona.

9. 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.

10. Cuando para la identificación de un menor haya de acudirse a la diligencia de reconocimiento prevista en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha diligencia solo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del juez de menores según sus propias competencias.

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

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

COMPETENCIA POR RAZÓN DE LAS PERSONAS.

Si bien en abstracto la competencia de la Fiscalía de Menores parece nítida –menores que hayan cumplido 14 años de edad y que no hayan cumplido los 18 años- en la práctica surgen distintos problemas :

A) detenidos indocumentados y sin previas reseñas policiales, que tanto pueden ser menores de 14 años como mayores de 18, por lo que será necesaria la practica de diligencias para la determinación de su edad (pruebas radiológicas, ortopantomografía y examen por el Médico Forense). En aplicación de arts. 373 y 375 L. E. Criminal y art. 2,9 Reglamento de la L. O. 5/2000 y art. 35 Ley de Extranjería “a sensu contrario” en caso de duda es el Juzgado de Guardia de Instrucción el competente para practicar esas diligencias, y si de las mismas resulta acreditada la menor edad de los detenidos, ordenará su puesta a disposición de la Fiscalía de Guardia.

Artículo 373 L. E. Criminal

“Si se originase alguna duda sobre la identidad del procesado, se procurará acreditar ésta por cuantos medios fueren conducentes al objeto.”

Artículo 375 L. E. Criminal

“Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informes que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez.”

Artículo 2, 9 R. Decreto 1774/2004 de fecha 30 de Julio de Reglamento de la L. O 5/2000.

“9. 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.”

«Artículo 35 LO 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

“Residencia de menores.

1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho 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.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado».

Mención especial merece la situación en que quedan el presunto autor y la presunta víctima tras un archivo por ser el primero menor de 14 años. El artículo 3 de la L. O. 5/2000 bajo el epígrafe “Régimen de los menores de catorce años” establece : “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”.

Por tanto, ni el Fiscal ni ningún otro organismo o institución procederán a realizar la más mínima investigación acerca de los hechos denunciados, por lo que solo podremos hablar de presuntos autor y víctima. Un ejemplo aclara las consecuencias de esa ausencia de investigación : si un menor de 13 años es denunciado por otro menor como autor de un delito contra su libertad sexual, el Fiscal se limitará a acordar el archivo una vez acreditada la edad de 13 años, de manera que en realidad no existirá investigación ni constancia alguna de si los hechos se produjeron o no. Sin embargo, los padres del menor denunciado deberían tener derecho a que si su hijo no ha cometido los hechos y la denuncia fue falsa así se declare, y por su parte los padres del menor perjudicado deberían tener derecho a conocer si su hijo fue o no agredido sexualmente a fin de adoptar ellos mismos medidas (controles médicos o psicológicos o evitar todo contacto futuro entre los menores, pues el autor suele ser una persona próxima como un vecino o un pariente). Por otra parte, si bien el presunto perjudicado tiene derecho a ejercer las acciones civiles, su posición es de auténtico abandono pues deberá partir de cero y practicar a su costa en el procedimiento civil todas las diligencias de investigación que no se habrán practicado tras el archivo en Fiscalía (podemos pensar en una prueba de ADN, que tiene un coste económico importante).

B) detenidos que cumplen los 14 años o los 18 el mismo día en que cometen los hechos que motivan su detención : es imprescindible intentar acreditar la concreta hora del nacimiento, generalmente con el certificado literal de la inscripción de nacimiento en el correspondiente Registro Civil. Si no fuera posible (p. e. ciudadanos extranjeros), en caso de duda debe hacerse la interpretación más favorable, es decir que se entenderá que aún no ha cumplido los 14 o los 18 años.

C) detenidos que en el momento de los hechos eran menores de edad pero en el momento de su detención ya han cumplido la mayoría de edad, en cuyo caso debe aplicárseles el régimen de detención previsto en el art. 17 L. O. 5/000 y deben ser presentados ante el Fiscal de Guardia (p. e. cuando la identificación se produce meses o incluso años después del hecho por medio de una huella dactilar o ADN). En estos supuestos debemos ser extremadamente cuidadosos en comprobar que la infracción penal no esté ya prescrita en el momento de la detención dado que los plazos de prescripción de las infracciones penales previstos en el art. 15, 1 L. O. 5/2000 son notoriamente más breves que los del Código Penal, y así las faltas prescriben a los 3 meses y un delito penado con hasta 5 años de prisión tiene un plazo de prescripción de 1 año).

Artículo 15. “De la prescripción.

1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.”

COMPETENCIA TERRITORIAL.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en los arts. 96 y 97 : .

Art. 96 : “1. En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante, cuando el volumen de trabajo lo aconseje, pondrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede.

2. En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.”

Art. 97 : “Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes.”

La regulación legal de la competencia territorial en la Ley del Menor la encontramos en los arts. 2, 3 y 20, 3 L. O. 5/2000:

Artículo 2. “Competencia de los Jueces de Menores.

1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de esta Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores.

2. Los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley.

3. La competencia corresponde al Juez de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley.

4. La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

Corresponderá igualmente al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 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 dos párrafos anteriores.”

Artículo 20. “Unidad de expediente.

1. El Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

2. Todos los procedimientos tramitados a un mismo menor se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía. De igual modo se archivarán las diligencias en el Juzgado de Menores respectivo.

3. En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Los procedimientos de la competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.”

A los efectos de las Fiscalías de Guardia de Menores, si bien la regla general es que le serán presentados los menores que hayan cometido cualquier tipo de infracciones penales dentro del territorio al que se extienda su competencia, es evidente que también pueden ser presentados como detenidos menores que hayan cometido delitos en otros territorios pero

hayan sido detenidos en el territorio de esa Fiscalía. En esos casos, se practicarán las diligencias imprescindibles (que pueden incluir si es necesario la adopción de una medida cautelar) tras lo cual el Fiscal remitirá las D. Preliminares a la Fiscalía competente o –si se incoó Expediente de Reforma- interesará del Juzgado de Menores la remisión del Expediente a los Juzgados de Menores y a Fiscalía del lugar donde se cometieron los hechos, que continuarán la tramitación del expediente.

Por último, también merecen una reflexión las consecuencias a que da lugar que la competencia territorial de las distintas Fiscalías de Menores en funciones de Guardia se extienda a territorios muy amplios (como regla general, coincidentes al menos con una provincia), lo que da lugar a problemas en el traslado de los detenidos (en muchas ocasiones, el vehículo de la G. Civil o Cuerpo Nacional de Policía con el que deben los agentes trasladar al menor es el único del que disponen en el correspondiente Puesto o Comisaría y los agentes disponibles son también escasos) o el desplazamiento hasta la sede de la Fiscalía de los padres del menor o los perjudicados o testigos (muchos de ellos sin recursos económicos o sin vehículo propio) que deberían comparecer en el plazo de 48 horas desde la detención a fin de practicar diligencias antes de decidir la puesta en libertad del menor o su presentación ante el Juzgado de Menores.

COMPETENCIA OBJETIVA

Como hemos visto, el art. 2 LO 5/2000 establece como una excepción a la regla general en su punto 4 que “La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

Corresponderá igualmente al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la jurisdicción española.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 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 dos párrafos anteriores.”

Como vemos, la Ley del Menor establece que en materia de delitos de terrorismo la competencia corresponde al Juzgado Central de Menores de la A. Nacional y por ende, a la Fiscalía de Menores de la Audiencia Nacional. Así mismo, y para regular situaciones como la que se produjo con el pirata somalí Abdu Willy detenido en el año 2009 fuera de las aguas territoriales españolas y trasladado a España para su enjuiciamiento (pues durante el tiempo que se le consideró menor de edad, la Fiscalía de Menores de la A. Nacional entendió que no era una infracción penal de su competencia pero es evidente que tampoco podía ser competente ninguna otra Fiscalía de Menores del territorio nacional, dado el lugar donde se produjo tanto la detención como la comisión del delito, en alta mar y a miles de kilómetros del territorio y las aguas jurisdiccionales españolas) se introdujo por la Disposición Adicional Segunda de la L. O. 8/2012 el segundo párrafo del art. 2 que establece que “Corresponderá igualmente al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la jurisdicción española”.

En ese sentido recordemos lo que establece ese art. 23 L. O. P. Judicial :

“1. En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte.

2. Asimismo, conocerá de los hechos previstos en las Leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

3. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios.

4. Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

a) Genocidio y lesa humanidad.

b) Terrorismo.

c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.

d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.

e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.

f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.

g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.

h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles.

El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior.

5. Si se tramitara causa penal en España por los supuestos regulados en los anteriores apartados 3 y 4, será en todo caso de aplicación lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del presente artículo.”

Y también es procedente recordar que el catálogo de los delitos competencia de la Audiencia Nacional previsto en el art. 65 L. O. P. Judicial va mucho más allá de los delitos de terrorismo :

“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:

1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

a) Delitos contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.

- b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales.
 - c) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia.
 - d) Tráfico de drogas o estupefacientes, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias.
 - e) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los tratados corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.
- En todo caso, la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional extenderá su competencia al conocimiento de los delitos conexos con todos los anteriormente reseñados.
- 2.º De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal.
- 3.º De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas del cumplimiento de tratados internacionales en los que España sea parte.
- 4.º Del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega y de los procedimientos judiciales de extradición pasiva, sea cual fuere el lugar de residencia o en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento.
- 5.º De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados Centrales de Instrucción y del Juzgado Central de Menores.
- 6.º De los recursos contra las resoluciones dictadas por los Juzgados Centrales de Vigilancia Penitenciaria de conformidad con lo previsto en la disposición adicional quinta.
- 7.º De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes”.

Sin embargo, y a los efectos de la Jurisdicción de Menores, debe quedar claro que – pese a ese extenso catálogo- solo está prevista la competencia de la A. Nacional en materia de delitos cometidos por menores de edad en los delitos de terrorismo y en los delitos cometidos por menores en el extranjero ex art. 23 LOPJ, de manera que en todos los demás la competencia será de la Fiscalía de Menores que corresponda en aplicación de las reglas generales de los arts. 2, 3 y 20, 3 L. O. 5/2000.

ESPECIAL REFERENCIA A LOS PLAZOS DE DETENCIÓN

Están regulados en los puntos 4 y 5 del art. 17 L. O. 5/2000 :

- “4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.
5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.”

El breve plazo que la ley establece para que la Policía deje en libertad al menor o lo presente como detenido ante el Fiscal de Guardia, da lugar a que el atestado que se aporta junto con el menor sea en muchas ocasiones insuficiente, pues a la Policía “les queman en las manos” los menores y los presentan detenidos sin practicar en ocasiones diligencias esenciales, como por ejemplo la recepción de la correspondiente denuncia del perjudicado. Ello supone que desde

la Fiscalía de Guardia se deben subsanar esas carencias citando (preferentemente por teléfono) a los perjudicados y testigos a fin de escuchar sus versiones de los hechos, todo ello sin perder de vista que en todo caso el Fiscal solo dispone de 48 horas desde la detención del menor para decidir su puesta en libertad o ponerlo a disposición del Juzgado de Menores de Guardia pidiendo una medida cautelar. Otro claro y frecuente ejemplo de atestado policial incompleto se da cuando en la comisión de los hechos han participado como coautores tanto menores como mayores de edad, pues en esos supuestos pese a que respecto de los menores el atestado se cierra y se remite a la Fiscalía junto con el detenido, los agentes siguen practicando después de ese cierre diligencias de investigación de cuyo contenido evidentemente no tendrán conocimiento el Fiscal ni el Juzgado de Menores de Guardia a la hora de valorar la situación de los menores detenidos.

Por último, debe ponerse de manifiesto que la L. O. 5/000 no regula el plazo en el que el Juzgado de Menores de Guardia debe decidir la imposición de una medida cautelar o la libertad del menor puesto por el Fiscal a su disposición como detenido. Para llenar ese vacío debe acudir –conforme a la remisión general que al respecto efectúa la Disposición Final Primera de la L. O. 5/2000) a la reglas generales de la L. E. Criminal si bien la aplicación del plazo de 72 horas que prevé el art. 520 LECR para los mayores de edad parece chirriar con los plazos reducidos que establecen para Fiscal y Policía el art. 17 L. O. 5/2000 (no obstante en la práctica es una cuestión puramente doctrinal pues la Fiscalía y el Juzgado de Guardia actúan plenamente coordinados de manera que la celebración de la comparecencia prevista en el art. 28 L. O. 5/2000 para resolver sobre la medida cautelar interesada es inmediata tras la puesta a disposición del detenido).

PRÁCTICA DILIGENCIAS : CUESTIONES ESPECÍFICAS EN MATERIA DE MENORES

EXPLORACIÓN DEL MENOR : el menor detenido tiene los mismos derechos que un mayor de edad, a los que hay que sumar : 1) la preceptiva presencia de un R. Legal o en su defecto otro Fiscal distinto del instructor (la Circular de la Fiscalía General del Estado 9/2011 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores establece sin embargo que a la hora de recibir declaración a un menor no detenido, no es necesaria la presencia de ese R. Legal, que sí sigue estimándose imprescindible siempre que el menor vaya a prestar declaración en calidad de detenido); 2) el derecho a entrevistarse con su Letrado antes y después de la exploración (a diferencia de lo previsto para los detenidos mayores de edad en el art. 520 LECR que solo reconoce el derecho a la entrevista posterior, con los evidentes problemas que esa entrevista previa menor-Letrado puede originar en orden a la credibilidad de lo que tras esa entrevista declare el menor) .

TESTIFICALES : la única especialidad resulta del hecho de que con mucha frecuencia la persona que debe testificar es también menor de edad por lo que, siempre que sea posible, deberá comparecer con su R. Legal. En la práctica, pueden plantearse problemas en la valoración de esas declaraciones prestadas por menores de edad por su dificultad para explicarse o hacerse comprender o la vergüenza que puede embargarles en relación a ciertos delitos (p. e contra la libertad sexual). También señalar que en aplicación de los arts. 448 y 707 LECR no parece posible practicar una diligencia de careo entre menor y perjudicado o testigo si éstos últimos también son menores, pues difícilmente puede llevarse a efecto esa diligencia sin

que los careados estén frente por frente viéndose las caras, situación que impiden esos preceptos.

Artículo 448

“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

Artículo 707

“Todos los testigos que no se hallen privados del uso de su razón están obligados a declarar lo que supieren sobre lo que les fuere preguntado, con excepción de las personas expresadas en los artículos 416, 417 y 418 en sus respectivos casos.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

RUEDA DE RECONOCIMIENTO : su problemática resulta de la dificultad para encontrar otros menores de similares características al sospechoso, dado que además el art. 2, 10 R. Decreto 1774/2004 de fecha 30 de Julio de Reglamento de la L. O 5/2000 exige el consentimiento escrito de los R. Legales de esos otros menores que acepten formar parte de la rueda. En la práctica se solicita del organismo competente para la ejecución de las medidas que informe si en los centros de internamiento existen menores ingresados de las características físicas requeridas, debiendo también comunicar si esos menores pueden comparecer en Fiscalía sin que ello interfiera en su programa de ejecución. Tampoco debe olvidarse que el propio menor debe prestar su consentimiento a formar parte de la rueda.

Artículo 2, 10. “Cuando para la identificación de un menor haya de acudirse a la diligencia de reconocimiento prevista en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dicha diligencia solo podrá llevarse a cabo con orden o autorización del Ministerio Fiscal o del juez de menores según sus propias competencias.

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

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

Otra posibilidad es que el propio menor detenido y sus familiares se comprometan a ser ellos quienes hagan comparecer en Fiscalía a otros menores o mayores de edad de similares características para que voluntariamente consientan en integrar la rueda. Si bien no es frecuente en la práctica, se ha empleado en alguna ocasión en relación a delitos cometidos por chicos integrados en algún tipo de grupo extremista o radical.

Por otra parte, con mucha frecuencia la rueda de reconocimiento es posterior a una previa rueda de reconocimiento fotográfico, que es una diligencia de investigación muy utilizada por los cuerpos policiales en delitos de robos con violencia o intimidación y delitos de lesiones. Sin embargo, con cierta frecuencia del interrogatorio en Fiscalía a perjudicado y testigos en relación a la forma en que se practicaron esos reconocimientos fotográficos, resulta la constatación de gravísimas irregularidades que no solo vician ese reconocimiento fotográfico sino que podrían extender sus efectos negativos sobre la posterior rueda de reconocimiento en Fiscalía. Nos referimos a prácticas tan reprochables como la exhibición de las fotografías a dos o más personas al mismo tiempo o la exhibición de una única fotografía al testigo y únicamente cuando éste manifiesta reconocer al fotografiado es cuando la misma se incluye por los agentes entre otras.

SANIDAD FORENSE : si bien en principio no plantea especialidad alguna, es relativamente frecuente recurrir al examen médico forense de los detenidos para hacer constar la ausencia o la existencia de alguna característica física que puede resultar esencial para su identificación como autor de los hechos en base a la descripción que del mismo haga el perjudicado. Por ejemplo, para que el Forense deje constancia de si el detenido presenta algún agujero en orejas, nariz o labios cuando el testigo o denunciante describe al autor como portador de piercings o pendientes. O para que se recoja en ese informe si al detenido le falta alguna o alguna pieza dental.

INFORME DEL EQUIPO TÉCNICO DE GUARDIA : si el Fiscal al incoar el Expediente entiende que puede ser conveniente o necesario solicitar del Juzgado de Menores de Guardia la imposición al menor detenido de una medida cautelar, deberá solicitar del Equipo Técnico de Guardia que emita el informe sobre las circunstancias personales y sociales del menor al que se refiere el art. 28, 2 L.O 5/00 : “2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también 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”.

Sin embargo, se trata de un Informe que no será necesario si por las circunstancias concurrentes el Fiscal entiende que no va a ser posible interesar del Juzgado la imposición de una medida cautelar (p.e. por ausencia de indicios suficientemente serios).

El Equipo Técnico de Guardia, está formado a los efectos de la Guardia por un solo profesional, que –según establece el art. 4 R. Decreto nº 1774/2004 de fecha 30 de Julio de Reglamento de la L. O 5/2000- puede ser un Educador, un Trabajador Social o un Psicólogo.

Una vez aclarado que el Informe del E. Técnico solo es necesario si el Fiscal pretende solicitar medida cautelar, también debe señalarse que tal Informe no es vinculante para Fiscal ni para Juez, de manera que el Fiscal puede solicitar una medida cautelar contra el criterio del Técnico o pedir una medida cautelar distinta de la propuesta por aquel, y lo mismo en relación al Juzgado de Menores de Guardia (aunque lo cierto es que es muy poco frecuente que tanto el Fiscal como el Juzgado se aparten de la propuesta elaborada por el Técnico).

Con independencia de las actuaciones en la Guardia, ningún Expediente de reforma puede ser remitido por el Fiscal al Juzgado de Menores sin el preceptivo informe sobre el menor, refiriéndose a tal informe el art. 27 L. O. 5/2000.

Artículo 27. “Informe del equipo técnico.

1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

5. En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.”

HABEAS CORPUS : se regula específicamente en el Art. 17 L.O 5/2000, en concreto en su punto 6 “el Juez competente para el procedimiento de hábeas corpus en relación a un menor será el juez de instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al ministerio fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora.”

Si bien en la práctica no se utiliza ese derecho, si cabe plantearse alguna hipótesis llamativa como si sería posible interponer un Habeas Corpus cuando el menor ya estuviera a disposición de la Fiscalía de Menores. Respondiendo a esa cuestión, la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2000 de 18 de Diciembre relativa a los criterios de aplicación de la L. O. 5/2000 expresamente establece que “Cuando el menor presente la solicitud de habeas corpus contra una detención ordenada por el Fiscal o bien tras haber sido puesto por la policía a disposición de la Fiscalía de Menores y hallándose en consecuencia bajo su directa custodia, el Ministerio Fiscal se convertirá en parte pasiva del procedimiento regulado en la LO 6/1984, de 24 de mayo”.

No obstante, el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo reguladora del procedimiento de Habeas Corpus” establece : “Mediante el procedimiento del “Habeas Corpus”, regulado en la presente Ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente”. Es evidente que ese precepto al referirse a “la Autoridad judicial competente” está pensando en el Juez de Instrucción, y sin embargo esa función de instrucción o investigación en las infracciones penales cometidas por menores de edad se

atribuye al Fiscal. En consecuencia, no es posible interpretar que por medio del Habeas Corpus el Juzgado de Instrucción ordene que el menor detenido sea inmediatamente puesto a disposición del Juzgado de Menores competente, cuyas funciones no son las de instruir, y que solo tendrá conocimiento de los hechos cuando el Fiscal de Menores decida incoar un Expediente de reforma.

DILIGENCIAS RESTRICATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES : están previstas en el art. 23,3 L. O. 5/2000, que establece bajo el epígrafe “Actuación instructora del Ministerio fiscal” :

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

2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite.

3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.”

Los supuestos más frecuentes son la entrada y registro en domicilios, las intervenciones telefónicas, la investigación IP en delitos por internet, la extracción de información de la memoria de teléfonos móviles u ordenadores personales (si bien es claro que algunas de esas diligencias si bien se solicitan en la Guardia, no se llevan a efecto hasta mucho tiempo después). Cuando es necesaria la práctica de tales diligencias el Fiscal, bien por propia iniciativa o bien a instancias de la Policía, debe solicitar del Juzgado en escrito motivado que acuerde la concreta diligencia a practicar. A continuación el Juzgado de Menores de Guardia resolverá la cuestión planteada y si ordena su práctica librándose los oficios correspondientes. Se plantean problemas en relación a la intervención del Secretario Judicial en la práctica de tales diligencias, pues algunos Juzgados de Menores interpretan que deben limitarse a autorizar la práctica de la diligencia pero que desde ese momento es el Fiscal el que debe practicarla por sus medios. Si bien hay diligencias susceptibles de ser “tramitadas” por el Fiscal que p.e. puede remitir a la compañía telefónica correspondiente el oficio librado por el Juez autorizando la intervención telefónica o solicitando el registro de llamadas entrantes o salientes de una determinada línea telefónica, es evidente que también hay diligencias en las que el Fiscal no puede “suplir” al Secretario Judicial (p. e. en la entrada y registro de un domicilio o la trascipción de las conversaciones telefónicas intervenidas).

Una diligencia que genera dudas es el levantamiento de cadáver cuando esté acreditada la exclusiva responsabilidad en los hechos de uno o varios menores de edad (como podría suceder en el caso de que un menor internado en un centro de reforma causara la muerte violenta a otro menor también ingresado en el mismo centro). Si bien la diligencia de levantamiento no parece afectar a Derechos Fundamentales, si es una diligencia cuya práctica es irrepitable y de la que pueden resultar serios indicios probatorios (lugar y posición de cadáver, recogida de armas, recogida de vestigios con los que poder determinar ADN de presunto autor, etc) todo lo cual aconseja la práctica de la diligencia por el Juzgado de Menores a fin de garantizar la participación del Secretario judicial para que pueda dar fe de todas esas circunstancias.

PRÁCTICA DE PRUEBAS ANTICIPADAS : durante la Guardia puede ser necesaria, en especial la declaración de perjudicados o testigos extranjeros que van a abandonar inmediatamente el territorio nacional (en especial, turistas de paso por España), siendo de aplicación lo dispuesto en art. 448 y 449 LECR, sin que plantee ninguna especialidad.

Artículo 448

“Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.”

Artículo 449

“En caso de inminente peligro de muerte del testigo, se procederá con toda urgencia, a recibirle declaración en la forma expresada en el artículo anterior, aunque el procesado no pudiese ser asistido de Letrado.”

PROTECCION DE TESTIGOS : la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil establece expresamente como conclusión nº 19 que “En el ámbito de la fase de instrucción del proceso penal de menores es el Fiscal el legitimado para adoptar las medidas de protección de testigos previstas en el art. 2 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales”. Ese criterio es reafirmado en la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/2007. No obstante, otorgar el estatuto de testigo protegido y hacer desaparecer los datos de identificación del mismo de las actuaciones ¿no puede suponer una limitación del derecho de defensa al ignorar el denunciado y su Letrado quien es el perjudicado o testigo? ¿no sería por ello más prudente que la concesión de ese estatus fuera una decisión motivada del Juzgado de Menores?

SECRETO DE LAS ACTUACIONES : al afectar al derecho de defensa, no lo puede acordar el Fiscal, debiendo solicitarlo del Juzgado de Menores, conforme se prevé expresamente en el art. 24 L. O. 5/2000 :

Artículo 24. Secreto del expediente.

“El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada.”

Mención especial merece la problemática de la investigación de las infracciones penales cometidas conjuntamente por mayores y menores de edad y las dificultades que en la práctica resultan de la investigación de tales hechos, ya desde el mismo momento en que sean

presentados en la Fiscalía de Menores de Guardia y en el correspondiente Juzgado de Instrucción los presuntos autores como detenidos. Parece aconsejable o bien que la competencia para la investigación de tales hechos se atribuya a un solo órgano o bien que entre Juzgado de Instrucción y Fiscal de Menores se establezca una perfecta coordinación que evite la reiteración de diligencias en una y otra jurisdicción pues implican unas innegables molestias para quien, por ejemplo, tiene que declarar por el mismo hecho ante el Juez y el Fiscal, y existe el riesgo de que la duplicidad de esas diligencias produzca resultados contradictorios. Si bien al inicio de la legislatura se hizo referencia al calor del llamado “Caso Marta del Castillo” de la intención del Ministerio de Justicia en estudiar una modificación legal que permitiera la investigación y enjuiciamiento conjunto de todos los implicados, hasta la fecha no existen noticias ciertas de ningún avance en esta materia. No es necesario profundizar en las ventajas que podrían derivarse de ese tratamiento conjunto, y si bien es cierto que desde el punto de vista cuantitativo no son frecuentes los asuntos en los que se plantean problemas serios, no es menos cierto que la trascendencia de tales conflictos desde el punto de vista cualitativo merecería el esfuerzo de articular una regulación específica.

PUESTA EN LIBERTAD O PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR AL JUZGADO DE GUARDIA.

Los requisitos, el catálogo de medidas y su posible duración y prórroga y el procedimiento a seguir se recogen en el art. 28 L. O. 5/2000: “1. 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 atentar 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. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme.

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también 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 Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes.

3. El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo.

4. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

5. 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.”

Precepto del que podemos destacar que la petición de medida cautelar puede realizarse por escrito -sin presentación del menor como detenido- o en comparecencia -con presentación del menor ante el Juzgado de Menores de Guardia (siempre para solicitar una medida de

internamiento)-. Se prevé la posibilidad de práctica de diligencias por el Juez a petición del Fiscal o partes, diligencias a practicar en el acto o en 24 horas; decisión en Auto motivado concretando en su caso la medida y su duración; y recurso de apelación contra el Auto ante sección de la Audiencia Provincial especializada en Menores. Las medidas cautelares pueden ser : Internamiento (cerrado, semiabierto, abierto), Libertad Vigilada, Prohibición de aproximarse o comunicarse con víctima o sus familiares u otras personas, y convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Duración de medidas : las de internamiento 6 meses prorrogables por otros 3, hasta un límite máximo de 9 meses, mientras que el resto de medidas cautelares no están sometidas a ese límite temporal y podrían imponerse hasta la firmeza de la sentencia.

La legitimación para interesar la imposición de una medida cautelar corresponde al Fiscal y a las acusaciones particulares personadas. Para interesar la prórroga de la medida de internamiento el art. 28 únicamente legitima al Fiscal.

En el caso de que no se considere necesario por el Fiscal o las acusaciones interesar una medida cautelar (o si el Juez desestima la petición) el menor debe ser puesto en libertad y a disposición de su representante legal.

Sin embargo, será necesario ordenar (por el Fiscal o por el Juzgado de Menores) el traslado del menor a un centro de protección : a) si carece de representante legal; b) si el representante no quiere hacerse cargo del menor o el fiscal (o el Juez) consideran en interés del menor desaconsejable que quede bajo su custodia por cualquier circunstancia ; y c) si se acuerda por el juzgado una medida cautelar de alejamiento respecto de sus representantes legales y no hay otros familiares que quieran o estén en condiciones de hacerse cargo de la custodia del menor.

En los casos en que el Fiscal de Guardia aprecie alguna situación de riesgo de desamparo en el menor, deberá remitir testimonio de lo actuado a la entidad de protección competente en cada Comunidad Autónoma para que por la misma se adopten las medidas que sean pertinentes en ese ámbito.

Para terminar, dejar constancia de que en la práctica diaria, el Juzgado de Menores que acuerda la imposición de una medida cautelar puede ser también el que conozca del Expediente de Reforma y dicte la sentencia. También es el mismo Juzgado que posteriormente va a dictar esa sentencia el que decide sobre las peticiones de prórrogas de las medidas cautelares, todo ello a diferencia de lo que sucede respecto de los mayores de edad.