



## DOCUMENTO ANALIZADO

Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores.*

## 1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA CIRCULAR

LO 5/2000, de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores.*

## 2. AFECTADO POR:

### 2.1 LEGISLACIÓN:

1. Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de diciembre, que modifican la LO 5/2000, de 12 de enero, durante su *vacatio legis* de un año y antes de su entrada en vigor efectiva el 13 de enero de 2001.
2. LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el art. 25 de la LO 5/2000
3. LO 8/2006, de 8 de diciembre, que modifica diferentes preceptos de la LORPM.
4. LO 8/2012, de 27 de diciembre, que modifica el art. 2.4 de la LORPM

### 2.2 JURISPRUDENCIA:

STS, Sala 2.ª, n.º 115/2003, de 3 de febrero

STC, Sala 1.ª, n.º 206/2003, de 1 de diciembre

ATC n.º 33/2009, de 27 de enero

STC, Pleno, n.º 146/2012, de 5 de julio

STS, Sala 2.ª, n.º 699/2012, de 24 de setiembre

Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, Sala 2.ª, de 13 de marzo de 2013

STS, Sala 2.ª, n.º 74/2014, de 12 de febrero

### 2.3 DOCTRINA FGE:

Circular 2/2001, de 28 de junio, relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el

ámbito de la jurisdicción de menores.

Consulta 1/2002, de 24 de setiembre, sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000.

Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores.

Instrucción 3/2004, de 29 de marzo, sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía.

Consulta 2/2005, de 12 de julio, sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente.

Consulta 4/2005, de 7 de diciembre, sobre determinadas cuestiones en torno al derecho de asistencia letrada en el proceso penal de menores.

Circular 1/2007, de 23 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006.

Circular 1/2009, de 27 de abril, sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento.

Circular 1/2010, de 23 de julio, sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes.

Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

Circular 3/2013, de 13 de marzo, sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil.

### 3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

1. La Circular 1/2000 fue la primera de las Circulares de la FGE que efectúa una interpretación general de la LORPM, abarcando todos sus aspectos. Con posterioridad, han tenido esa misma pretensión de globalidad tanto la Circular 1/2007 que, aparte de analizar la incidencia de la reforma de la LORPM por la LO 8/2006, resuelve diferentes cuestiones que se venían planteando, como la posterior Circular 9/2011. El resto de Circulares, Instrucciones y Consultas de la FGE se han ocupado de aspectos o cuestiones puntuales de la LORPM o sobre temas de carácter organizativo.

2. Son numerosos los criterios consignados en la Circular 1/2000 que han quedado afectados por las sucesivas reformas legislativas de la LORPM, que motivaron, a su vez, nuevas directrices interpretativas de la FGE. Incluso, y como particularidad, debe resaltarse que la Circular 1/2000 se publicó el día 18 de diciembre de 2000, durante la *vacatio legis* de la LO 5/2000 (no entraría en vigor hasta el 13 de enero de 2001), cuatro días antes de promulgarse las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, que modificaron la LORPM antes de su vigencia efectiva.

3. Precisamente, la Circular 2/2001, de 28 de junio, *relativa a la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22*

de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores, fue la primera en modular los criterios interpretativos de la Circular 1/2000 en las materias afectadas por esas dos Leyes Orgánicas.

4. La Circular 2/2001 amplía, en primer lugar, la 1/2000 interpretando las novedades incorporadas por la LO 7/2000 en cuanto a medidas y reglas de aplicación. Se estudian en la referida Circular 2/2001 la nueva medida de inhabilitación absoluta prevista en el art. 7.1.n) LORPM para delitos de terrorismo; la regla 5.ª del art. 9 relativa a los delitos de "extrema gravedad"; y la nueva DA 4.ª donde se establece un régimen excepcional de medidas de internamiento en centro cerrado, agravadas en cuanto a su duración y régimen de modificación, para los delitos previstos en los arts. 138, 139, 179, 180, 571 a 580 del CP y delitos castigados con penas iguales o superiores a quince años. No obstante, la LO 8/2006 introdujo profundas novedades en la regulación de las reglas de aplicación de las medidas, dando nueva redacción a los arts. 9 y 10 e integrando la antigua DA 4.ª en el art. 10.2. La Circular 1/2007, de 23 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006*, se ocupa profusamente de esta materia, debiendo estarse a las directrices que la misma establece en cuanto a la interpretación de los actuales arts. 9 y 10 LORPM.

5. También la Circular 2/2001 se ocupó de las reformas orgánicas y competenciales establecidas por las Leyes Orgánicas que interpreta. La LO 9/2000 suprimió las alusiones que hacía el texto original a la llamada *Sala de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia*, como órgano competente para conocer de las apelaciones contra los autos y sentencias de los Juzgados de Menores, atribuyéndola definitivamente a las Audiencias Provinciales. Por su parte, la LO 7/2000 crea el Juzgado Central de Menores, confiriéndole la competencia para conocer de los delitos de terrorismo; contra sus autos y sentencias cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En este punto la Circular 2/2001 conserva su vigencia, pero debe tenerse en cuenta la última reforma legislativa operada por LO 8/2012, de 27 de diciembre, que modifica el art. 2.4 de la LORPM y amplía la competencia del Juzgado Central de Menores para conocer no sólo de los delitos de terrorismo, sino también de los delitos cometidos por menores en el extranjero cuando conforme al art. 23 de la LOPJ y los Tratados Internacionales corresponda su conocimiento a la Jurisdicción Española.

6. Todas las previsiones del Apdo. II de la Circular 1/2000, referidas a los sujetos destinatarios de la Ley mantienen su vigencia (menores de catorce años; mayores de catorce y menores de dieciocho; cómputo de la edad y alteraciones antes o durante el curso del procedimiento). No obstante, han quedado sin efecto todas las contenidas en el Apdo. III "régimen restrictivo de la extensión del régimen jurídico de los menores a los jóvenes", que interpretaba el antiguo art. 4 de la LORPM, donde se preveía la posibilidad de aplicar la LO 5/2000 a los jóvenes entre 18 y 21 años, toda vez que dicho precepto y tal posibilidad legal quedaron definitivamente derogados por la LO 8/2006.

7. Igualmente quedan sin efecto las referencias a la extensión del internamiento en centro hasta la edad de 23 años, prevista en el originario art. 15 de la LORPM (mayoría de edad del condenado) al haber sido modificado por LO 8/2006, que establece una nueva regulación en el actual art. 14, debiendo estarse en este punto a este último precepto y a lo dispuesto en la Circular 1/2007 (Apdo. IV Mayoría de edad del condenado a medida de internamiento).

8. Respecto a las medidas, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, la posibilidad de adoptar la medida de alejamiento, objeto de la Consulta 3/2004, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso penal de menores*. Posteriormente, tal medida fue incorporada a la LORPM por LO 8/2006, que introdujo novedades en la regulación del régimen de internamiento en centro semiabierto (singularmente la posibilidad de

transformación en régimen cerrado) y en la prestación de servicios a la comunidad. En este aspecto también debe estarse a las pautas de la Circular 1/2007 (Apdo. II).

9. En cuanto a la medida de internamiento terapéutico deberá atenderse a las directrices sentadas en la Circular 3/2013, de 13 de marzo, *sobre criterios de aplicación de las medidas de internamiento terapéutico en el sistema de justicia juvenil* .

10. En lo que hace a pluralidad de infracciones y refundiciones de medidas deberá estarse a lo dispuesto en la Circular 1/2007 (Apdo. III.7)

11. Todas las previsiones de la Circular 1/2000 deben considerarse sin efecto también en lo que se refiere al tratamiento del perjudicado y de la acusación particular. La redacción original del art. 25 de la LORPM no regulaba una acusación particular propiamente dicha, sino que habilitaba la posibilidad de que el perjudicado se pudiese personar como un mero coadyuvante sin acción, solamente para casos de delitos cometidos por mayores de dieciséis años, con violencia o intimidación en las personas o grave riesgo para la vida o integridad física. La LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó el art. 25 de la LO 5/2000, permitiendo la personación de los perjudicados sin limitaciones y como una acusación particular *strictu sensu* . Ese cambio legislativo se completó por la LO 8/2006, que dio nueva redacción al art. 4 sobre “los derechos de las víctimas y los perjudicados”. En este punto también deberá atenderse a los criterios fijados en la Circular 1/2007 (Apdo. I)

12. Sí conservan su vigencia las pautas de la Circular 1/2000, relativas a la instrucción del expediente, recogidas fundamentalmente en su apartado VI, si bien con dos importantes matices: el relativo a la prescripción en las diligencias preliminares y a la adopción de medidas cautelares.

13. Respecto a las diligencias preliminares, la Circular 1/2007 (Apdo.IX.-7), además de abundar en el carácter restringido de su uso en fase de investigación preliminar, establece la obligación de dar cuenta a la Fiscalía General del Estado cuando se prolonguen más de seis meses, por aplicación del art 5 EOMF. Con posterioridad, la Circular 9/2011, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* , sentó como criterio que las diligencias preliminares de investigación del Fiscal, previas a la incoación de expediente de reforma, por su carácter preprocesal, no interrumpen los plazos de prescripción de los delitos o faltas (vid. Apdo. II).

14. Respecto a las medidas cautelares y el procedimiento para adoptarlas, aunque los criterios expuestos en la Circular 1/2000 mantengan su vigencia, deben entenderse también matizados y completados por los ulteriores cambios legislativos y pronunciamientos posteriores de la FGE. En concreto cabe la posibilidad de que la acusación particular pueda solicitar, al amparo del art. 28 de la LORPM, medidas cautelares (vid. Apdo. I Circular 1/2007). Debe estarse a todas las previsiones en este punto de la Circular 1/2007 (Apdo. VI, internamientos, aspectos procedimentales, medidas cautelares en caso de inimputabilidad). Respecto a la medida de alejamiento como cautelar, recomienda esa última Circular que se solicite como regla de conducta dentro de una libertad vigilada, debiendo celebrarse para acordarla –aunque no esté previsto expresamente en la Ley- una comparecencia en los términos prevenidos en el art. 28.2 LORPM. A la necesidad de efectuar también esa comparecencia para cuando se interese la medida cautelar de convivencia con otra persona, familia o grupo se refiere también la posterior Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de menores contra sus ascendientes* .

15. Las consideraciones de la Circular 1/2000 relativas al ejercicio del principio de oportunidad por parte del Fiscal,

de los arts. 18, 19 y 27.4 LORPM, mantienen plena vigencia pero deben integrarse y ampliarse con las relacionadas en la Circular 9/2011 sobre *criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de responsabilidad penal de menores* (Apdo. IV.5).

16. Se mantienen las pautas en cuanto a fase intermedia y desarrollo de la audiencia. En este punto debe tenerse en cuenta la STC, Sala 1.ª, n.º 206/2003, de 1 de diciembre, declarando “la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del art. 714 LECrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción”.

17. En lo que se refiere a la posibilidad que tiene Juez, al comienzo de la audiencia, conforme al art. 37.1 LORPM, de poner de manifiesto a las partes *la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado las partes*, las previsiones de la Circular 1/2000 en este punto deben completarse con lo dispuesto en la posterior Circular 9/2011, que indica para estos casos que los Fiscales deberán “posponer la contestación a un momento procesal ulterior, en el que, una vez practicada toda la prueba, se esté en disposición de formular las alegaciones definitivas” (Apdo. V.2).

18. Los criterios de la Circular 1/2000 sobre la suspensión de la ejecución del fallo, del art. 40 LORPM, se mantienen también. No obstante, deberá tenerse presente la STS, Sala 2.ª, n.º 74/2014, de 12 de febrero, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, declarando que el actual art. 10.2 b), inciso segundo (LORPM), supone una disposición especial que establece un régimen de cumplimiento imperativo para la medida de internamiento en centro cerrado que, en los casos de menores de dieciséis o diecisiete años, no permite la suspensión si no se ha cumplido previamente la mitad de la medida impuesta.

19. En cuanto al régimen de recursos, aparte de lo ya referido en la Circular 2/2001, respecto al órgano competente para conocer en alzada, el art. 41 LORPM, que los regula, también resultó afectado por la reforma de LO 8/2006. La Circular 1/2007 (Apdo. IX.8) rectifica la interpretación que hacía la Circular 1/2000, que estimaba que contra los autos que no se preveía expresamente apelación cabía recurso de queja. Superando esa exégesis, la Circular 1/2007 determina que sí cabe recurso de apelación también, por aplicación supletoria (Disposición Final Primera LORPM) de las disposiciones sobre recursos de la LECrim en el procedimiento abreviado.

20. La regulación del recurso de casación para unificación de doctrina del art. 42 LORPM fue igualmente modificada por LO 8/2006. Lo dicho en la Circular 1/2000 debe integrarse aquí con los criterios establecidos en la Circular 1/2007 (Apdo. X) en cuanto a sustanciación y preparación del recurso. La Circular 9/2011 (Apdo. VII), a su vez, niega la posibilidad de recurrir una sentencia a fin de sustituir sus aspectos parcialmente absolutorios por una condena, pues los estrechos márgenes del artículo 42 LORPM sólo habilitan la casación para unificación de doctrina frente a sentencias condenatorias, no siendo posible frente a sentencias absolutorias. Deben resaltarse también los pronunciamientos del TS respecto a la naturaleza de este recurso extraordinario, sentando que carece de efectos suspensivos (STS, Sala 2.ª, n.º 115/2003, de 3 de febrero) y que la estimación de un recurso de casación para unificación de doctrina solo incidirá en la situación concreta decidida por la sentencia recurrida si es favorable al menor (Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional, Sala 2.ª, de 13 de marzo de 2013).

21. En cuanto a ejecución de medidas, al haber sufrido esta materia importantes cambios tras la reforma de la LORPM por LO 8/2006, todos los criterios expuestos en la Circular 1/2000 deben completarse y matizarse con las directrices recogidas en la Circular 1/2007 (Apdo. VII). Novedosos aspectos son los que se refieren a la regresión al internamiento cerrado tras la modificación a semiabierto; la conversión de internamiento semiabierto a cerrado; o la

designación de centros y separación de menores integrados en bandas.

22. Referencia específica, dentro del régimen de ejecución, merece la previsión del art. 50.2 de LORPM (sustitución de una medida no privativa de libertad quebrantada por internamiento centro semiabierto). Si bien la Circular 1/2000 no se pronunciaba en términos muy claros sobre esa posibilidad legal, el TC declaró la constitucionalidad de esa previsión en ATC n.º 33/2009, de 27 de enero. Tras dicho auto, la FGE dictó sobre esta cuestión, la Circular 1/2009, de 27 de abril, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento*, a cuyos criterios habrá de estarse actualmente.

23. La reforma de la LORPM por LO 8/2006 modificó en profundidad el Título VIII de la Ley, relativo a la responsabilidad civil, si bien no afectó a los aspectos sustantivos, sino únicamente a los procesales. Por eso, en cuanto a estos últimos habrá de estarse íntegramente a la Circular 1/2007 (Apdo. VIII).

**FICHA ELABORADA POR LA UNIDAD COORDINADORA DE MENORES DE LA FGE**

---

## **TEXTO DE LA CIRCULAR ANALIZADA**

**Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores*.**

### **I. INTRODUCCION**

La inminente entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor (en adelante, LORPM), va a traer consigo la definición de un nuevo marco jurídico para la exigencia de responsabilidad penal a los menores de edad. Es entendible que en todas aquellas ocasiones en que la infracción penal tiene por sujeto activo a un menor de edad, el ordenamiento jurídico module su respuesta y adapte el tratamiento jurisdiccional de aquel injusto a las singularidades que definen el grado de madurez del autor.

La LORPM convierte al Fiscal en pieza esencial para hacer realidad buena parte de sus más innovadoras previsiones y ha hecho de la plurifuncionalidad de aquél (cfr. arts. 6 y 23) una de las claves indispensables para la efectiva vigencia de las soluciones y medidas que la propia LORPM arbitra. La previgente LO 4/1992, de 5 de junio, por la que se reguló la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, representó en su día un verdadero reto para el Ministerio Fiscal. La experiencia aplicativa que surgió al amparo de aquel texto legal ha permitido ahora al legislador renovar la confianza que, en su día, depositó en el Fiscal. Sin embargo, las sensibles novedades que la nueva ley ofrece convierten la reforma en algo más que un mero cambio de régimen normativo. El texto legal de próxima vigencia va a suponer una importante modificación en la propia idea acerca de los cometidos funcionales que al Fiscal incumben.

La instrucción de los procedimientos que le atribuye el art. 16.1 es uno de los aspectos -no el único, desde luego- que impondrán la necesaria adaptación organizativa, orientada a una mejor y más eficaz aplicación práctica de los postulados legales. La defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones

que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, representan otros de los retos que el Fiscal habrá de asumir en su ámbito funcional ordinario.

Esa proximidad jurídica del Fiscal hacia el menor de edad forma parte ya de una consolidada trayectoria histórica, teniendo en la actualidad clara expresión en el art. 3.7 del EOMF. Todo conduce, pues, a concluir la necesidad de que el Fiscal empeñe su labor cotidiana a fin de contribuir a que el propósito educativo que inspira la ley no se convierta en una mera declaración formal.

La Fiscalía General del Estado es consciente de las dificultades que puede traer consigo todo cambio legislativo de la envergadura de la LORPM. De hecho, la aplicación de ese texto legal va a exigir una reforma del EOMF que persigue adaptar algunos aspectos orgánicos del Ministerio Fiscal al principio de especialización que abanderara la ley y que imponen algunos de los textos internacionales suscritos por España sobre la materia. De ahí que se haya considerado conveniente la elaboración de una Circular que trate de hacer frente a muchos de los problemas interpretativos que la LORPM sugiere. Es cierto que la elaboración de ese instrumento estatutario de unificación de criterios habría resultado mucho más fácil cuando la andadura del nuevo texto hubiera ido alumbrando soluciones prácticas. Sin embargo, el evidente riesgo de una excesiva dispersión interpretativa ha hecho aconsejable asumir la redacción de una Circular, sin esperar a que fuera el puro pragmatismo el que dibujara soluciones cuya consolidación práctica suele dificultar sobremanera la adaptación posterior a criterios más aceptables.

El hecho, pues, de que el trabajo que hoy ve la luz no haya podido contar con un abundante cuerpo bibliográfico y la circunstancia de que todavía no existan pronunciamientos jurisdiccionales que sirvan como referencia, son datos que han de ser necesariamente ponderados a la hora de cualquier aproximación valorativa a los contenidos que integran esta Circular.

El propósito de la Fiscalía General ha sido, ante todo, proporcionar a los Sres. Fiscales una herramienta útil, un instrumento puesto al servicio de la unificación interpretativa, cuya importancia en el primer momento aplicativo de cualquier texto legal resulta fuera de dudas. La metodología que ha presidido su elaboración ha antepuesto la visión práctica a cualquier otra consideración, renunciando incluso a la utilización de criterios ordenadores que podrían haber venido aconsejados por un enfoque más académico que pragmático. Se ha huido deliberadamente de la rutinaria comparación con el sistema legal previgente, se ha prescindido de alardes de erudición histórica, centrando todos los esfuerzos en indagar los problemas del día a día del Fiscal de Menores y en ofrecerle soluciones para afrontar aquéllos con el debido rigor técnico.

Hacer realidad ese planteamiento expositivo no ha sido tarea fácil. La LORPM es una ley bajo cuyo texto se agazapan importantes incógnitas acerca de problemas básicos del proceso penal. La dificultad se hace más intensa cuando se repara en el carácter estructural de algunas de esas cuestiones y, sobre todo, en la ruptura de la nueva ley con principios que han venido definiendo el significado y el alcance del ejercicio de la acción civil. Pese a todo, sólo una actitud institucional de respeto por la voluntad legislativa y un propósito constructivo pueden servir para aliviar los ya de por sí complejos problemas a los que da cabida el nuevo texto legal.

La presente Circular nace con la decidida vocación de representar sólo un primer punto de partida. La

experiencia cotidiana hará surgir nuevas incógnitas. De ahí que resulte conveniente el planteamiento de ulteriores Consultas que permitan ir solucionando los problemas concretos que la práctica vaya generando.

El anuncio de nuevas reformas al articulado de la LORPM a fin de adaptar sus previsiones a la dimensión actual del fenómeno terrorista no se ha considerado un obstáculo insalvable para la fijación de unos primeros criterios de actuación. El alcance de aquella reforma -algunos de cuyos contenidos son ya de público conocimiento- no parece vaya a afectar de modo sustancial al conjunto del articulado que integra la ley. En cualquier caso, conviene tener presente que esta Circular se ciñe al texto publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 11 del 13 de enero de 2000. De ahí que no sea descartable la próxima publicación de otros instrumentos estatutarios que complementen la presente Circular si así la práctica lo aconsejara.

## **II. SUJETOS DESTINATARIOS DE LA LEY**

Se establecen en la Ley tramos de edades que determinan la aplicación de distinto régimen jurídico en caso de comisión de un hecho tipificado en el CP o en alguna de las leyes especiales como delito o falta.

En el art. 1 y concordantes se distingue entre menores de 14 años; mayores de 14 y menores de 18, destinatarios naturales de la Ley, a los que denomina propiamente «menores»; y mayores de 18 y menores de 21 años, denominados «jóvenes», a los que bajo determinadas condiciones podrán serles aplicadas las disposiciones de la presente Ley.

Hemos, pues, de distinguir entre los siguientes tramos de edad:

### **II.1. Menores de catorce años**

En virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley, ante la comisión de una infracción penal por un menor de dicha edad, el Fiscal valorará la procedencia de remitir los particulares que considere necesarios a la entidad pública de protección del menor, a los efectos oportunos, en atención a las disposiciones del CC y de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Aunque la Ley no lo diga expresamente, la remisión se efectuará en favor de la entidad pública del lugar de domicilio del menor y no a la del lugar de comisión del hecho, si fueren distintos.

### **II.2. Mayores de catorce y menores de dieciocho**

Estos son los que la Ley denomina propiamente «menores» y respecto de los cuales, sin excepción, se ha de aplicar el régimen jurídico que se establece en la Ley, conforme prevé el art. 19 del CP.

A su vez hay que subdistinguir dos tramos de edad: 14 y 15 años, de un lado, y 16 y 17 años, de otro, en tanto que la duración máxima de determinadas medidas será diferente en ambos casos (art. 9 reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>) y que la participación del perjudicado en el Expediente penal sólo será posible bajo determinadas condiciones si el autor fuere mayor de 16 años.

### **II.3. Mayores de dieciocho años y menores de veintiuno**

En este tramo de edad se comprenden los sujetos que la Ley denomina «jóvenes» (art. 1.4).

#### **II.4. Cómputo de la edad. Alteración antes o durante el curso del procedimiento**

A tenor de lo dispuesto en el art. 5.3 el momento de comisión del ilícito penal será el que determine la edad del sujeto infractor en relación con la aplicación del régimen de la LORPM.

Sobre el cómputo de la edad cobran vigencia las indicaciones efectuadas en la Instrucción 1/1993, recaída a propósito de la Ley Orgánica 4/1992, de 15 de junio. Como entonces se sostuvo, no ha de ser aplicable el criterio establecido en el art. 315 del CC según el cual para el cómputo de la mayor edad «se incluirá completo el día del nacimiento». El cómputo de la edad ha de efectuarse, de acuerdo con los principios que inspiran el Derecho Penal, de momento a momento, para lo cual, en aplicación de lo previsto en el art. 375 LECr., cuando no bastare con el DNI, pasaporte o cualquier otro documento identificativo y subsistieren las dudas sobre la edad del sujeto se traerá al Expediente la certificación literal de nacimiento expresiva de la hora del alumbramiento. En todo caso, las dificultades interpretativas sólo podrán ser solventadas en favor del menor.

Se suscitan problemas en relación con la fijación del momento de comisión de los hechos en determinados supuestos.

De una parte, en las infracciones penales continuadas habrá de atenderse a la edad del sujeto en el momento de la comisión de cada una de las infracciones. Sólo habrá lugar a integrar en el delito continuado cuyo conocimiento se atribuya a la jurisdicción de menores aquellos hechos cometidos por el sujeto entre los 14 y 18 años (o hasta los 21 si se aplicara el art. 4). Los hechos cometidos por el sujeto habiendo rebasado dichas edades no podrán, por ese solo motivo, integrarse en el delito continuado y de ellos se conocerá en el procedimiento que corresponda. Otra cosa es que en atención al seguimiento de un procedimiento penal por hechos cometidos durante la mayoría de edad conexos a otros hechos cometidos durante la minoría de edad, el Fiscal de Menores decida desistir (art. 18) de la persecución de estos últimos.

El delito permanente también presenta problemas en relación con la edad del sujeto infractor. En tal sentido, el delito permanente no podrá ser enjuiciado por la jurisdicción de menores cuando el sujeto activo hubiera rebasado la edad máxima antes de eliminarse la situación ilícita. La regla interpretativa del art. 132.1, párrafo 2 del CP, aun dictada para fijar el inicio del cómputo de la prescripción, es perfectamente aplicable en estos supuestos. En todo caso, el enjuiciamiento del delito permanente por la jurisdicción ordinaria no podrá tener en consideración, exclusivamente a efectos de agravación de la responsabilidad, las conductas cometidas en momentos anteriores a la adquisición de la mayoría de edad. Un ejemplo puede resultar muy ilustrativo: la detención ilegal de 30 días de duración en la que el sujeto activo cumpliera 18 años en el vigésimo día será enteramente conocida por la jurisdicción ordinaria en el correspondiente procedimiento abreviado pero no se podrá aplicar el subtipo agravado del art. 163.3 CP.

Igualmente se plantean problemas en los casos en que entre la acción y el resultado el sujeto rebase la edad. El criterio habrá de ser el de atender al momento de la acción u omisión y no al del resultado. En apoyo de lo anterior militan lo dispuesto en el art. 7 CP, la interpretación literal de la expresión «comisión de los hechos» que

emplea el art. 5 de la Ley, y, finalmente, el hecho de tratarse de la solución más favorable al menor.

Por último, si al iniciarse el procedimiento o durante la tramitación del mismo hubiesen sido rebasadas las edades que se establecen en la Ley, las reglas de competencia no se verán por ello alteradas. Completa este régimen el art. 15 respecto de los condenados que alcanzaren la edad de veintitrés años, para quienes se establece una especialidad en materia de cumplimiento de las medidas ya impuestas o que se les pudieren imponer.

### III. CARACTER RESTRICTIVO DE LA EXTENSION DEL REGIMEN JURIDICO DE LOS MENORES A LOS JOVENES

La aplicación del régimen jurídico de la LORPM a los mayores de 18 y menores de 21 años se prevé como posible en el art. 69 del CP «en los casos y con los requisitos» que la Ley del menor disponga. En el art. 4 se establecen las condiciones y el procedimiento para la aplicación de la Ley a los jóvenes.

De ello se desprende que el régimen ordinario es el del CP y LECr., de cuya regulación sólo será posible excepcionar a los jóvenes en determinados casos y ante la concurrencia de los requisitos legales. Por tanto, la regla general u ordinaria es la aplicación del proceso de mayores al joven y la regla excepcional la sujeción al proceso de menores. En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de evitar que de una forma mecánica o automática y sin un claro fundamento, puedan terminar remitiéndose a la jurisdicción de menores todas aquellas causas cometidas por mayores de 18 y menores de 21 años.

Por ello, ante la comisión de una infracción penal por un joven se habrá de incoar el correspondiente procedimiento penal (juicio de faltas, diligencias previas, sumario, o procedimiento de jurado). En dicho procedimiento sólo se abrirá el incidente para la posible aplicación de la LO 5/2000 cuando alguna de las partes lo inste o el Juez decida abrirlo de oficio. Es de señalar que no necesariamente habrá de suscitarse el incidente de la aplicación de la LORPM, ya sea por resultar *ab initio* la falta de concurrencia de las circunstancias que permitirían esta posibilidad o, fuera de dicho supuesto, porque ninguna parte haya desencadenado mediante su solicitud dicha apertura.

En definitiva, el auto acordando o denegando la aplicación de la LORPM es una resolución que no necesariamente habrá de recaer en todo proceso penal seguido contra un joven. Sólo habrá lugar al mismo si se abriera el incidente para la determinación del régimen aplicable al joven.

#### III.1. Requisitos

Son requisitos o condiciones objetivas que abren paso a la posible valoración acerca de la aplicación de la LORPM a los jóvenes los dos siguientes:

1. Que el hecho cometido revista caracteres de falta o de delito menos grave, siempre que en este último caso no se hubiere cometido con violencia o intimidación en las personas, o con grave peligro para la vida e integridad física. Ambas condiciones son predicables de los delitos, no así de las faltas. No obstante, la concurrencia en una falta de violencia o intimidación será un elemento esencial en la valoración que haya de efectuar el Fiscal al

emitir su informe. De otra parte, ambas condiciones no son cumulativas, basta la concurrencia de una sola de ellas: es posible que determinados delitos cometidos sin violencia o intimidación supongan grave peligro para la vida e integridad (así sucede v. gr. con algunas figuras delictivas contra la seguridad del tráfico).

2. Inexistencia de condena en sentencia firme por falta o delito dolosos cometido una vez cumplidos los 18 años, salvo que el antecedente esté cancelado o debiera estarlo con arreglo al art. 136 CP.

De no concurrir alguno de tales requisitos la denegación será preceptiva.

Sólo cuando concurren ambos requisitos será posible valorar la extensión del régimen de la LORPM a los jóvenes. La decisión, de carácter facultativo, se habrá de adoptar atendiendo a las circunstancias personales del imputado y a su grado de madurez.

### **III.2. Procedimiento**

El incidente podrá abrirse a instancia de parte o de oficio por el Juez de Instrucción.

Durante su tramitación no se suspenderán las demás diligencias de instrucción que hayan de practicarse en el procedimiento.

El procedimiento, muy sencillo, consistirá en recabar la opinión del Fiscal, del Letrado del imputado y el informe del Equipo Técnico, para lo cual se les dará traslado mediante providencia para informe.

El Fiscal al emitir su informe se pronunciará en primer lugar acerca de la concurrencia de las dos condiciones objetivas antes comentadas (tratarse de falta o delito menos grave sin violencia o intimidación o sin grave riesgo para la vida e integridad y no existir antecedentes penales) y, asimismo, cuando aquellas concurren, informará sobre la pertinencia o no de la sujeción del joven a la LORPM en atención a sus circunstancias personales y grado de madurez. Para esto último necesariamente habrá de contar con el informe del Equipo Técnico, pese a que -habida cuenta su naturaleza- no tenga carácter vinculante para la decisión que haya de adoptar el Fiscal en su dictamen.

Aunque no cabe establecer reglas apriorísticas, conviene señalar que sólo estará justificado excepcionar a los jóvenes del régimen del procedimiento ordinario cuando su edad mental y madurez difieran notablemente de su edad cronológica, debiendo dicha circunstancia hallarse relacionada tanto con la naturaleza de la infracción penal y las circunstancias que rodearon su comisión cuanto con la conveniencia de procurar a dicho joven, en atención a sus personales circunstancias, la atención educativa que subyace y prima en el tratamiento penal de los menores establecido por la LORPM.

La decisión corresponde al Juez de Instrucción que resolverá mediante auto.

### **III.3. Recursos**

Contra el auto del Juez de Instrucción -acordando o denegando la aplicación de la LORPM al joven- cabe recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia.

Dicho recurso de apelación se sustanciará, con independencia de cual sea el procedimiento en que dicho auto recayere, con arreglo a las normas que regulan la apelación contra los autos en el procedimiento ordinario -arts. 219 a 232 LECr.-, pues así se dispone expresamente en el art. 4.3 de la Ley en contra del criterio general de supletoriedad que establece la Disposición Final primera en favor del procedimiento abreviado. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento abreviado, habrán de personarse las partes ante la Sala de Menores y habrá lugar a la celebración de vista oral.

La regla general señalada en el art. 217 LECr., según la cual es preceptiva la interposición del recurso de reforma contra los autos del Juez de Instrucción en el procedimiento ordinario, ha sido -sin embargo- excepcionada en este caso, con apoyo en el art. 4.3 de la Ley. Por ello, debe concluirse que el recurrente no está obligado a interponer previamente recurso de reforma.

Se plantea, en relación con lo anterior, la cuestión de si cabe interponer potestativamente el recurso de reforma previo al de apelación, conjunta o separadamente con éste, tal como sucede en el procedimiento abreviado. La cuestión no es clara. El art. 4.3 señala que cabe la apelación «sin previo recurso de reforma». Tal aserto puede ser interpretado en un doble sentido: de un lado como innecesariedad de previa reforma, lo que la convierte en un recurso posible; de otra parte, como prohibición de la previa reforma. Es cierto que el previo recurso de reforma se ha visto generalmente como un trámite inútil. Ahora bien, en determinadas ocasiones en que resulta patente el error cometido en la resolución recurrible parece poco operativo que tal corrección sólo pueda actuarse acudiendo al órgano superior mediante un recurso más complejo en su tramitación que el de reforma. Ante la duda suscitada debe admitirse la posibilidad, aunque la ley no lo diga expresamente, de interposición de reforma previa. No obstante, parece oportuno que los Sres. Fiscales, si deciden interponer reforma, eviten posibles problemas de inadmisión interponiendo la reforma conjuntamente con el recurso de apelación y nunca separadamente.

Otra cuestión que se suscita es la relativa a los efectos en que debe ser admitido el recurso de apelación. El art. 217 LECr establece como regla general que la apelación sólo se admitirá en dos efectos cuando así se disponga expresamente. Nada se dice expresamente en el art. 4. Ahora bien, el efecto suspensivo del recurso contra el auto que entiende aplicable al joven la LORPM resulta de la propia naturaleza de tal resolución y del sentido del art. 4.3 que recalca que sólo cuando el auto adquiera firmeza habrá lugar a la remisión al Fiscal para la tramitación del procedimiento de la LORPM.

Por otra parte, es de señalar que en tanto se suscita el recurso debe seguir la tramitación del procedimiento abierto contra el joven ante el Juez de Instrucción, sin que deba quedar paralizada la fase de instrucción a expensas de la decisión sobre posible remisión al Fiscal de Menores. La suspensión del procedimiento sí parece oportuna una vez llegados a la fase intermedia, por aplicación analógica del art. 622 LECr.

Resta por señalar que el auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia resolviendo el recurso de apelación es recurrible por el Fiscal en casación para la unificación de doctrina, conforme al art. 42.8 de la Ley.

#### **III.4. Intervención de la Fiscalía de Menores en el incidente del art. 4 de la Ley**

Cabe plantearse si las actuaciones seguidas ante el Juez de Instrucción con ocasión del incidente del art. 4 deben ser despachadas por los Fiscales de la Sección de Menores.

Sin perjuicio de que puedan adoptarse los criterios de organización y reparto de trabajo que se estimen por el Fiscal Jefe acordes con las necesidades y características propias de cada Fiscalía, en principio parece oportuno que sea el propio Fiscal adscrito al Juzgado de Instrucción el que emita el informe e interponga, en su caso, los recursos previstos en el art. 4 de la Ley. Otra solución dificultaría y complicaría el despacho de asuntos en el Juzgado de Instrucción. No obstante, ello no debe suponer merma alguna en el respeto a los principios que rigen la actuación del Ministerio Público y particularmente el de unidad de actuación, por lo que habrán de articularse en aquellos casos en que la decisión pudiera ser compleja -máxime si el sentido del informe fuere favorable a la aplicación de la LORPM- los mecanismos de comunicación más ágiles posibles con la Sección de Menores de la Fiscalía para evitar discrepancias de criterio o actuaciones no acordes con los principios y postulados que informan la LORPM.

A la vista oral del recurso de apelación ante la Sección de Menores del Tribunal de Justicia sí parece conveniente que asistan los Fiscales de la Sala de Menores.

Igualmente parece lógico atribuir la preparación del recurso de casación para unificación de doctrina a la Sección de Menores de la Fiscalía correspondiente.

### **III.5. Planteamiento de cuestión de competencia entre el Juez de Menores y el de Instrucción**

Es perfectamente posible que decidida la aplicación al joven del régimen de los menores por el Juez de Instrucción o por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación, puedan ante el Fiscal de Menores evidenciarse en la investigación determinadas circunstancias que excluyan la competencia de la jurisdicción de menores.

Esas circunstancias han de ser necesariamente distintas de aquellas que se tuvieron en cuenta al resolver el incidente del art. 4. Por ello, no parece posible que por el Fiscal y el Juez de Menores se proceda a efectuar una nueva valoración acerca de la procedencia de extender al joven el régimen de enjuiciamiento de los menores en atención a su grado de desarrollo y madurez. Ahora bien, sí que es perfectamente posible que los requisitos del art. 4.2, reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, resulten desmontados en algún momento de la tramitación ante la jurisdicción de menores en virtud de la aparición de nuevos elementos de juicio. Así, v. gr. que el hecho delictivo resulte haber sido cometido por el joven con empleo de violencia o intimidación, lo que no constaba en el Juzgado de Instrucción.

En todos estos supuestos el Fiscal instará del Juez de Menores que dicte auto declarando su incompetencia objetiva e inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción. La resolución tendría apoyo en el art. 33 d) de la Ley. Si el Juez de Instrucción no admitiere la competencia se entablaría una cuestión de competencia negativa a resolver, tras la primera comunicación entre Juzgados, por la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia y conforme a las reglas que disciplinan la tramitación de las cuestiones de competencia en el procedimiento abreviado (Disposición Final primera de la LORPM).

## **IV. REGLAS DE COMPETENCIA**

La regla general de competencia objetiva proclamada por el art. 2.1 de la LORPM debe completarse con un breve apunte acerca de algunas de las dudas que plantea el análisis de las reglas de conexidad y de la competencia territorial.

### **IV.1. Expediente por hecho y Expediente personal por menor**

La tradicional disyuntiva entre Expediente por hecho o por menor se soluciona en el art. 20 de la Ley estableciendo un sistema que podríamos calificar de mixto.

Se ha de incoar un Expediente por cada hecho delictivo, con independencia de que en dicho hecho haya participado un menor o varios. En este último caso el Expediente alcanzará a todos los copartícipes.

Los Expedientes podrán ser acumulados a otros cuando entre los hechos delictivos -delitos y faltas- que constituyeren su objeto exista conexidad, lo que se determinará mediante la aplicación de las reglas contenidas en los cinco apartados del art. 17 LECr. Apoya esta solución el tenor literal del art. 20.3 que se refiere en casos de comisión de varios delitos al «enjuiciamiento de todos ellos en unidad de Expediente».

Junto a este sistema, en cada Fiscalía (art. 20.2) se llevará un expediente personal de cada menor. Se trata de una relación significativa de la historia de los Expedientes seguidos al menor, cuya razón de ser es la de permitir al Fiscal decidir acerca de numerosas cuestiones que se le planteen, tales como acumulación de Expedientes por conexidad al amparo del número 5 del art. 17 LECr., decisiones sobre no desistimiento de incoación de Expediente al amparo del párrafo 2 del art. 18, adopción de decisiones en materia de ejecución, etc.

### **IV.2. Competencia territorial**

La competencia corresponde al Juez de Menores del lugar de comisión del hecho delictivo. Esta regla, sentada en el art. 2.3, no difiere del criterio establecido con carácter general en el art. 14 LECr. Los problemas que se pueden plantear sobre la determinación del lugar de comisión son iguales a los que se suscitan en la jurisdicción de mayores. En todo caso, las dudas acerca de la competencia territorial se resolverán siempre a favor de la competencia del Juez del lugar de domicilio del menor.

### **IV.3. Competencia por conexidad**

La Ley introduce una importante especialidad en materia de conexidad. Existiendo delitos conexos se antepone en el art. 20.3 el fuero del domicilio del menor a los que se señalan en el art. 18. Por tanto, cuando un menor hubiere cometido hechos delictivos en varios territorios, si alguno de éstos coincidiese con el lugar de su domicilio, la acumulación por conexidad se hará en favor de la Fiscalía o Juzgado de dicho domicilio. Sólo si todos los hechos se hubieren cometido fuera de su lugar de domicilio tendrá aplicación directamente el art. 18 LECr.

En casos de coparticipación de menores en varios hechos delictivos conexos, si el domicilio de dos o más menores radicara en partidos judiciales distintos en los que hubieren sido cometidas infracciones penales, la

determinación del Juzgado de menores competente por conexidad atenderá al lugar del domicilio de aquel de los menores en el que primero concurra alguno de los criterios establecidos sucesivamente en el art. 18 LECr.

## V. LAS MEDIDAS

### V.1. Elenco de medidas

El art. 7 de la Ley enumera y describe la naturaleza y el contenido de las medidas que se pueden imponer al menor infractor. Analizando la descripción que la Ley hace de cada una de las medidas, se plantean ciertas dificultades interpretativas.

Así -en primer lugar- no parece demasiado nítida la diferencia entre los regímenes de internamiento semiabierto y abierto, ya que en ambos casos se realizan actividades fuera del centro. La clave para distinguir ambos regímenes se encuentra en la propia literalidad de la definición del régimen abierto, ya que se afirma que las personas sometidas a la medida de internamiento en régimen abierto «llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno», de modo que los centros de régimen abierto habitualmente carecerán de unos servicios educativos propios, estando sujeto únicamente el menor «al programa y régimen interno del mismo». Por el contrario, el centro semiabierto, en el cual -aunque no lo afirme expresamente la Ley- los menores estarán también sometidos al programa y régimen interno del centro, deberá estar dotado de los equipos y servicios precisos para ofrecer al menor la posibilidad de satisfacer sus necesidades formativas, educativas, laborales y de ocio dentro del centro, sin perjuicio, no obstante, de que algunas de ellas se puedan realizar también fuera del mismo.

Las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio son las únicas que se pueden imponer en caso de que se aprecie alguna de las circunstancias eximentes de los números 1.º, 2.º ó 3.º del art. 20 CP. (arts. 5.2, 9.7.<sup>a</sup> y 29). Ello no obstante, también se podrá imponer alguna de estas medidas en lo supuestos en que dichas circunstancias se valoren como eximentes incompletas del art. 21.1.<sup>a</sup> CP o atenuantes analógicas, razón que justifica el hecho de que la Ley hable de la posibilidad de aplicar también cualquiera de estas dos medidas como complemento de otra de naturaleza no terapéutica. En cualquier caso, también opera en la imposición de ambas medidas el principio acusatorio, tanto en la extensión de la medida solicitada e impuesta, como en lo relativo a la mayor o menor afectación de derechos, de tal manera que si se solicita una medida de tratamiento ambulatorio no podrá imponerse la de internamiento terapéutico.

Ya se trate del internamiento terapéutico o del tratamiento ambulatorio, la Ley contempla dos posibles actuaciones claramente diferenciadas. Por un lado, el tratamiento de anomalías o alteraciones psíquicas, y, por otro, el tratamiento de las adicciones a las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas. En el primero de los casos, la propia patología cognitiva y volitiva obliga a prescindir de la opinión del menor -que es incapaz de prestar un verdadero consentimiento- para poder imponerle una medida de naturaleza terapéutica.

Distinto es el caso, sin embargo, del tratamiento de deshabitación a las adicciones anteriormente mencionadas, que requieren para resultar eficaces el concurso voluntario del menor en el programa de deshabitación. Por ello dispone la Ley que «cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el

Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias».

No hace ninguna mención la Ley acerca de cuál es el momento en el que el menor puede manifestar este rechazo, y más concretamente si está contemplando una actitud de rechazo que se produzca antes de dictar sentencia o posteriormente en fase ya de ejecución. El primer supuesto es el deseable, ya que evitaría el inicio de una ejecución que finalmente ha de verse frustrada y es más respetuoso con el principio de legalidad, al ejecutarse la medida que se ha impuesto en sentencia sin tener que acudir al Expediente de modificación de medida previsto en el art. 14.

Teniendo en cuenta, además, que es posible interrogar el menor en la fase de audiencia sobre la aceptación de un eventual tratamiento de deshabitación (art. 37.2 in fine), se interesa de los Sres. Fiscales que, en aquellos supuestos en que hayan solicitado una medida de esta naturaleza, interroguen al menor acerca de su aceptación. Sin embargo, aun observando la anterior cautela, siempre será posible un rechazo sobrevenido ya en fase de ejecución, a veces incluso una vez ya iniciado el tratamiento; en tal caso, el tratamiento no podrá seguirse coactivamente, habrá de ser suspendido y sustituido por otra medida con arreglo a lo previsto en el art. 14 de la Ley.

Por su parte, cuando se imponga la medida de libertad vigilada ha de procurarse, para salvaguardar el principio de legalidad, sobre todo si se tiene en cuenta la excesiva amplitud con que está redactada la regla 7.<sup>a</sup>, que su contenido quede definido con los contornos más precisos posibles al dictarse la sentencia, de modo que ésta contemple expresamente a cuáles de las reglas de conducta previstas en el art. 7.h) habrá de someterse el menor. Ello no excluye, sin embargo, que una condena genérica a un determinado tiempo de libertad vigilada permita determinar posteriormente, en ejecución de sentencia, la observancia de determinadas reglas de conducta no previstas inicialmente en la sentencia. La regulación es por tanto análoga a la contemplada en el art. 105 CP, que permite imponer reglas de conducta similares «razonadamente, desde un principio o durante la ejecución de la sentencia», en el supuesto de condena a medidas de seguridad privativas de libertad; este argumento se ve reforzado, además, por la remisión expresa que en el art. 9 regla 5.<sup>a</sup> de la Ley se hace al art. 105.1 CP. Por otra parte, es imprescindible para el correcto y eficaz desarrollo de una medida de libertad vigilada, una cierta agilidad y flexibilidad que permita al Juez acudir a la imposición y levantamiento de estas reglas de conducta, de acuerdo con la respuesta que el menor vaya dando en cada momento a las pautas del programa que progresivamente ha de ir cumpliendo.

La medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo parece carente de cualquier contenido retributivo o sancionador, y por esta razón se revela como muy apropiada -sobre todo en su modalidad de convivencia con una familia- para satisfacer posibles carencias familiares o afectivas del menor, pareciendo a simple vista más una medida de protección que de naturaleza sancionadora. Precisamente por ello, puede resultar aconsejable, en aquellos casos en que se imponga esta medida y una vez cumplido el tiempo de duración de la misma instar de la entidad competente que acuerde la prosecución de la convivencia familiar como medida de protección, transformando la situación en un supuesto de acogimiento familiar, previsto en el art. 173 del CC.

En relación con las medidas de internamiento, es preciso resaltar que, de conformidad con el art. 7.2, ya en la sentencia debe quedar fijada la duración de cada uno de los dos períodos en que se divide: el de internamiento propiamente dicho y el de libertad vigilada subsiguiente. Hay que tener en cuenta, asimismo, que si bien se puede anticipar ex art. 14 la conclusión del período de internamiento y el inicio del de libertad vigilada, en ningún caso podrá prolongarse el período de internamiento inicialmente previsto. Excepcionalmente, y teniendo presente que no se trata propiamente de una modificación de la medida impuesta -cuestión que plantea importantes problemas de legalidad, como se apunta *infra* - sino del régimen de cumplimiento de la misma, podrá acudir, sólo en el caso de que el menor quebrante la libertad vigilada, al expediente del art. 50 de la Ley para que vuelva a cumplir la medida de internamiento en régimen semiabierto (o necesariamente en régimen abierto, si éste era el contemplado en la sentencia).

En todo caso, es muy importante que, como establece el art. 7.3, tanto el Fiscal al solicitar una medida como el Juez al imponerla tengan presente en primer lugar el interés del menor, y que, sean cuales sean la medida o las medidas impuestas, la sentencia exprese con detalle las razones por las que impone una determinada medida, o dicho con otras palabras, que se reflejen cuáles son los fines u objetivos que -en interés del menor- se pretende alcanzar con la imposición de las medidas (art. 39.1), ya que será precisamente la comparación de dichos objetivos con su grado real de cumplimiento la que permita hacer uso de las amplísimas facultades que la Ley reconoce al Juez para dejar sin efecto, reducir o sustituir las medidas impuestas (art. 14.1), así como para valorar en su caso si procede continuar el cumplimiento de la medida por quien ya ha alcanzado la mayoría de edad (art. 15 párrafo 1.º).

## V.2. Principio acusatorio

La enumeración del art. 7 de la Ley se realiza ordenando las medidas «según la restricción de derechos que suponen». Esta afirmación ha de ser puesta en relación con la contenida en el art. siguiente, el cual -bajo la rúbrica «principio acusatorio»- dispone que el Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Fiscal. Ambos límites operan conjuntamente, de tal manera que si, por ejemplo, se ha solicitado una medida de libertad vigilada por un año, no podrá imponerse ni la medida de internamiento por seis meses, ni la medida de realización de tareas socio-educativas durante dos años.

Otra exigencia relacionada con la anterior y contemplada también en el art. 8, aunque no derivada propiamente del principio acusatorio y sí del principio de legalidad en su vertiente penal (*nulla poena sine lege*), más concretamente en cuanto a la necesidad de fijar mediante una *lex certa* un límite temporal de cumplimiento de las medidas privativas de libertad que no pueda ser sobrepasado en ningún caso, es la prevista en su párrafo segundo. También aquí resulta necesario hacer una serie de precisiones, obligadas ante la necesidad de modular el entendimiento del principio acusatorio, adaptándolo al superior interés del menor y a la propia naturaleza del cuadro de medidas previstas por la ley. En primer lugar, hay que destacar que este límite sólo opera sobre las medidas de internamiento (incluido el terapéutico) y de permanencia de fin de semana; las restantes medidas, por tanto, sí pueden tener una duración mayor que la de la pena privativa de libertad asignada al adulto que hubiese cometido el mismo delito. En segundo lugar, hay que tener presente que, dado

que la Ley menciona la pena que «se le hubiere impuesto por el mismo hecho», la comparación ha de hacerse con la pena que in concreto y no in abstracto le hubiese podido haber sido impuesta al adulto, es decir, tomando en consideración en su caso la concurrencia de circunstancias atenuantes, y el grado de ejecución o de participación en el delito.

### V.3. Las reglas del art. 9 de la Ley

La regla 1.<sup>a</sup> del art. 9 establece que por la comisión de faltas sólo podrán imponerse determinadas medidas. Dado que en ciertas infracciones patrimoniales la línea divisoria entre el delito y la falta viene establecida por la cuantía de 50.000 ptas., será preciso en tales casos que, si se quiere solicitar la imposición de una medida distinta de las contempladas en la regla 1.<sup>a</sup>, previamente en la instrucción se haya practicado la oportuna tasación pericial. Por el contrario, si se fuese a solicitar una medida de las contempladas en dicha regla, la tasación pericial resultaría superflua y podría dilatar innecesariamente la instrucción.

La regla 2.<sup>a</sup> plantea la duda interpretativa de cuál sea la exacta significación de los términos «grave riesgo para la vida o la integridad física para las personas». La respuesta es idéntica a la que se ofrece *infra* en el comentario al art. 25.

La regla 3.<sup>a</sup> fija unos límites máximos de duración de las medidas, que con carácter general es de dos años (los trabajos en beneficio de la comunidad y las permanencias de fin de semana no podrán superar las cien horas ni ocho fines de semana respectivamente) y opera -en las medidas de internamiento y permanencia de fin de semana- conjuntamente con el establecido en el párrafo segundo del art. 8. La cuestión de cómo se computa el tiempo de cumplimiento de medidas cautelares de naturaleza diferente a la medida finalmente impuesta aparece resuelta en el art. 28.5 de la Ley, en términos análogos a los empleados por el art. 59 CP, ya que se tendrá por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que el Juez estime razonablemente compensada por la medida cautelar. La praxis aplicativa del citado art. 59 CP puede servir, por tanto, como criterio orientador en la interpretación y aplicación de este precepto de la Ley.

La regla 4.<sup>a</sup> contempla una excepción a los límites fijados en la regla anterior, en aquellos supuestos en que se den cumulativamente las tres condiciones previstas: a) que el menor tuviese dieciséis años cumplidos en el momento de la comisión de los hechos; b) que el delito se haya cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad de las mismas; c) que el Equipo Técnico aconseje en su informe la imposición de una medida de duración superior al máximo de tiempo previsto en la regla 3.<sup>a</sup> En estos casos, la medida podrá durar, con carácter general, un máximo de cinco años (los trabajos en beneficio de la comunidad y las permanencias de fin de semana podrán alcanzar doscientas horas y dieciséis fines de semana respectivamente), aunque en buena lógica no debería imponerse la medida por un período de tiempo superior al aconsejado por el Equipo Técnico en su informe.

Se plantea la duda, sin embargo, en los casos de condena al cumplimiento de más de una medida, acerca de si el límite legal de cumplimiento (dos o cinco años, según los casos de las reglas 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, respectivamente) se refiere a cada medida en sí misma considerada, o al total de cumplimiento de todas las medidas que se hayan impuesto en un mismo procedimiento. El empleo de la locución «la duración de las medidas» (en plural) parece

abogar por esta segunda interpretación. Es decir, el menor no podrá estar cumpliendo medidas impuestas en un mismo procedimiento durante un período superior al límite de los dos o cinco años; podrá, no obstante, cumplir simultáneamente varias medidas cuyo cómputo total de duración exceda de ese tope si éstas se cumplen simultáneamente y no llegan a rebasar el límite efectivo de los dos años o cinco años en su tiempo real de cumplimiento. Por ejemplo, en el caso de menores de dieciséis años, no se podrá imponer una medida de internamiento durante dos años, seguida de otra de libertad vigilada durante otros dos años, pero sí se podrá imponer una medida de libertad vigilada durante dos años acompañada de otra de convivencia con un grupo familiar durante el mismo tiempo, medidas que conforme a la regla del art. 47.1 se habrán de cumplir simultáneamente.

La regla 5.<sup>a</sup>, por su parte, contiene una nueva excepción al régimen ya de suyo excepcional de la regla 4.<sup>a</sup>, que operará cuando -además de concurrir las tres condiciones previstas en esta regla y mencionadas *supra* - el supuesto revista extrema gravedad. Esta «extrema gravedad» es un concepto jurídico indeterminado que sólo en parte define la Ley. Concretamente, se consideran de extrema gravedad, «en todo caso, los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas (es decir, los comprendidos en los arts. 571 a 580 CP), así como los de asesinato u homicidio doloso (arts. 138 y 139 CP), y la agresión sexual contemplada en los arts. 189 y 190 del CP».

Pero la Ley afirma igualmente que se considerarán supuestos de extrema gravedad aquéllos en los que se aprecie reincidencia. ¿Qué se debe entender por reincidencia a estos efectos? A falta de definición expresa en la Ley, habrá que acudir como Derecho supletorio al CP, y más concretamente a la circunstancia 8.<sup>a</sup> de su art. 22. Allí se afirma que para apreciar la reincidencia el culpable, al cometer el delito, ha de haber sido ya condenado en sentencia firme por un delito comprendido en el mismo Título del CP, siempre que ambos delitos sean de la misma naturaleza. Tratándose de aquellos delincuentes a los que la Ley denomina jóvenes (mayores de dieciocho años), pueden darse supuestos en los que se haya de apreciar la reincidencia por existir una condena previa dictada en alguno de los procedimientos regulados en la LECr., pero este supuesto está excluido con carácter general de la jurisdicción de menores por la condición 2.<sup>a</sup> del art. 4.2. Para la apreciación de la reincidencia, a efectos de determinar la «extrema gravedad» del caso, será suficiente, por tanto y si no se quiere vaciar de contenido la norma, una condena firme anterior dictada de acuerdo con el procedimiento que regula la LORPM; esta interpretación, además, no supone en ningún caso una aplicación analógica de la ley penal, ni siquiera una interpretación extensiva de la misma, ya que el art. 22 del CP -supletoriamente aplicable- habla de condena ejecutoria por delito, sin especificar el procedimiento en que la misma haya recaído.

No obstante lo anterior, se plantean dos problemas añadidos para poder apreciar la reincidencia en el procedimiento de menores. El primero es que la aplicación del art. 9, y por consiguiente la posible apreciación de la reincidencia para calificar un hecho como de extrema gravedad, no aparece entre los fines para los cuales podrán ser utilizados exclusivamente los datos del Registro de sentencias firmes creado por la Disposición Adicional tercera de la Ley. Sin embargo, sí se menciona expresamente el art. 30, en el que se recoge la elaboración por el Fiscal del escrito de alegaciones, en el que constará una «breve reseña de las circunstancias personales y sociales del menor». En una interpretación sistemática de todas estas disposiciones, no parece

que exista problema alguno para que el Fiscal pueda acudir al Registro con el fin de reflejar en su escrito de alegaciones, como circunstancia personal y social del menor, la existencia de condenas anteriores, y que la apreciación de esta circunstancia pueda conducir al Juez a valorar el hecho como de extrema gravedad.

El segundo problema parte de la inexistencia de normas sobre la cancelación de antecedentes. De la constatación de esta laguna normativa no se puede concluir sin más que los antecedentes del Registro especial no son cancelables, o mejor dicho, que en ningún caso cabrá entender cancelados esos antecedentes a efectos de dejar de apreciar la reincidencia -como impone el párrafo final del art. 22 CP-, por cuanto tal interpretación supondría hacer al menor infractor de peor condición que el delincuente adulto. Téngase en cuenta además que el ámbito de aplicación de la Ley, entre los catorce y los dieciocho años (con posibilidad de prolongación hasta los veintiuno) permite que la cuestión de la cancelación de los antecedentes no sea una cuestión puramente teórica, sino con posible incidencia práctica. Se impone en este tema, una vez más, la aplicación supletoria del CP, y más concretamente, teniendo en cuenta que las medidas de la LORPM no son propiamente penas y que el régimen de cancelación más favorable al reo es el de las medidas de seguridad, su art. 137, según el cual «las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto (...) en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida», sin plazos adicionales.

Una vez abordado el complejo tema de la constatación de la reincidencia, todavía se suscitan otros problemas en relación con la apreciación de la «extrema gravedad». En primer lugar, el empleo de la expresión «en todo caso» en la referencia a los delitos de terrorismo, homicidio, asesinato y agresión sexual, parece apuntar que en los casos de reincidencia la apreciación de la extrema gravedad no será automática, sino que habrá de ser valorada por el Juez en cada supuesto y en su caso «apreciada expresamente en la sentencia». Esta apreciación expresada en la sentencia habrá de hacerse también en los supuestos de comisión de los delitos anteriormente mencionados, y supondrá para el Juez, no una mera facultad, sino la obligación de imponer -"el Juez habrá de imponer», dice la Ley- las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada, de acuerdo con la duración y las normas específicas de cumplimiento recogidas en la regla 5.ª del art. 9. Lo que en este precepto se denomina «ratificación» de la medida de libertad vigilada, una vez cumplida la medida de internamiento, no es otra cosa, *a contrario sensu*, que el reconocimiento implícito de emplear en su caso la facultad prevista en el art. 14 de dejar sin efecto o reducir la medida.

La regla 6.ª establece que la medida de internamiento en régimen cerrado no podrá imponerse por la comisión de delitos imprudentes.

Por último, la regla 7.ª dispone que, cuando se aprecie la concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes contempladas en los números 1.º a 3.º del art. 20 CP, sólo podrán imponerse las medidas de internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio. En estos casos, si se produce el rechazo del tratamiento de deshabitación al que alude la Ley, también la medida adecuada a las circunstancias del menor que en su caso decida aplicar el Juez necesariamente habrá de ser una medida de naturaleza terapéutica incardinable en las letras d) o e) del art. 7.

#### **V.4. La prescripción**

El art. 10 de la Ley contempla tan sólo los plazos de prescripción de los delitos cometidos por las personas a las que les resulta aplicable la Ley (números 1 y 3), y de las medidas que les pueden ser impuestas (número 2).

Se aplicará supletoriamente el CP, por tanto, en lo relativo al *dies a quo* para el cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones (art. 132.1) y a su interrupción (art. 132.2). Queda la duda de si para determinar el término inicial del plazo de prescripción de las medidas se deberá aplicar la norma prevista para las penas (art. 134) o la prevista para las medidas de seguridad (art. 135. 2 y 3). En realidad, la norma general es la misma en ambos casos: el cómputo del plazo se inicia con la firmeza de la sentencia. Al mismo tiempo, son acogibles y aplicables supletoriamente tanto la excepción del art. 134 (en caso de quebrantamiento de la medida, la prescripción empezará a correr desde ese momento y no desde la firmeza de la resolución) como la del art. 135 (cuando una medida deba cumplirse sucesivamente a otra anterior, el plazo de la prescripción comenzará a contarse desde el momento en que sea ejecutada o quede extinguida la medida anterior, y por tanto deba empezar a cumplirse la nueva medida).

#### **V.5. Otras reglas para la aplicación de las medidas**

Hasta este momento, una cuestión que no aparece claramente resuelta en la Ley es la de si por la comisión de un solo hecho delictivo se debe imponer una sola medida de las contempladas en la Ley, o si es posible la imposición de varias medidas por un solo hecho.

A favor de la segunda de las posibilidades apuntadas se encuentra la norma del art. 7.3, que, apelando al principio de flexibilidad, habla de la elección de la «medida o medidas adecuadas».

Por el contrario, las normas contenidas en los arts. 11 y 12 de la Ley sólo son entendibles dentro de un sistema que parte de la premisa básica de que por cada hecho delictivo sólo cabe imponer una única medida.

Así, el art. 11.2, que engloba los supuestos de concurso ideal y medial de infracciones, afirma que se tendrá en cuenta exclusivamente la más grave de las infracciones para aplicar la «medida (en singular) correspondiente». Con esta afirmación, parece sobrentenderse que la imposición de varias medidas sólo es posible en los casos de concurso real; en estos casos, contrariamente a la norma del párrafo 2 citado, el art. 11.1 expresamente afirma que «al menor responsable de una pluralidad de hechos se le impondrá una o varias medidas».

Más concluyente resulta todavía el art. 12, que, en los supuestos de infracción continuada o de una sola infracción con pluralidad de víctimas, obliga al Juez a imponer «una sola medida» tomando como referencia el más grave de los hechos cometidos. No tendría justificación posible que por un delito de hurto, por poner un ejemplo, se pudiesen imponer varias medidas, y que por un delito de hurto continuado no se pudiese imponer más que una, o que por un delito de incendio que no causase daños personales se pudiesen imponer igualmente varias medidas, y que en cambio por un delito que causase varias muertes solo pudiera imponerse una medida. Por otra parte, la referencia a la imposición de la medida en su máxima extensión es meramente retórica, ya que seguidamente se admite la imposición de la medida con una duración menor cuando así lo aconseje el interés del menor; en realidad, también la medida en su máxima extensión sólo deberá imponerse, como cualquier otra medida, en tanto en cuanto lo aconseje el interés del menor.

Para determinar en qué casos estamos ante una infracción continuada habrá que acudir al art. 74 CP. Sin embargo, la Ley introduce también en el art. 12, desgajándola del concepto clásico de concurso ideal que maneja el art. 77 CP y con escaso rigor técnico, la categoría de lo que denomina «una sola infracción con pluralidad de víctimas», reduciendo aparentemente el ámbito natural del concurso ideal del art. 11.2 a la acción que colme las exigencias típicas de al menos dos infracciones delictivas distintas y cuya punición conjunta no esté vedada por aplicación de las reglas que regulan el concurso de normas.

No obstante todo lo anterior, que es posible la imposición de varias medidas en un mismo procedimiento resulta evidente, como se desprende claramente de la lectura del art. 13. Ello resultará además bastante frecuente, ya que se tenderá, por aplicación supletoria de las reglas de conexidad delictiva previstas en el art. 17 LECr y en especial la de su número 5.º, a lo que la Ley denomina enjuiciamiento de todos los delitos atribuidos a un mismo menor en unidad de Expediente (art. 20.3). Esta posibilidad de enjuiciar en un mismo procedimiento varios hechos distintos atribuidos a un mismo menor justifica el que en una misma sentencia, aun observando la regla general de no imponer más de una medida por hecho imputado, se puedan imponer varias medidas, y explica asimismo el que en el texto de esta Circular se hagan continuas referencias a supuestos de sentencias que condenan al cumplimiento de dos o más medidas.

También es posible, por expresa previsión legal, que las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio se impongan conjuntamente con otra medida, aun habiendo sido sentenciado un solo hecho (letras d) y e) art. 7). Esto no podrá suceder sin embargo, como ya se indicó *supra*, en los supuestos en que se haya declarado la exención de responsabilidad del menor. Su ámbito natural de aplicación parece ser, por tanto, el de la apreciación como eximente incompleta o atenuante analógica de alguna de las circunstancias de los números 1.º, 2.º ó 3.º del art. 20 CP.

En cualquier caso, cuando se condene al menor en una misma sentencia al cumplimiento de varias medidas que se hayan de cumplir sucesivamente, el tiempo total de cumplimiento no podrá exceder del doble de la duración de la medida más grave impuesta (art. 13 in fine).

## **VI. INSTRUCCION DEL EXPEDIENTE**

### **VI.1. Introducción**

La instrucción del Expediente de reforma de menores se encomienda al Ministerio Fiscal con el fin -entre otros- de garantizar el cumplimiento de uno de los postulados que desde la STC 36/1991 se ha alzado como definitorio del sistema de justicia penal de menores: la preservación a ultranza de la imparcialidad judicial.

Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento (arts. 6 y 16.1) con el fin de que el Juez de Menores limite su actuación a ejercer la garantía última del respeto a los derechos fundamentales afectados por la investigación y a efectuar en su momento el enjuiciamiento final de la causa sin prejuicio ni sospecha de parcialidad.

La interpretación de los arts. que regulan la instrucción en la LORPM (Título III) autoriza a entender que la

participación de la autoridad judicial en esta fase del procedimiento se halla sujeta a importantes restricciones que procuran preservar su imparcialidad manteniéndolo alejado de las labores de investigación material.

Desde el punto de vista orgánico, por otra parte, la relación del Fiscal instructor con el Juez de Menores no es jerárquica, al ser la instrucción competencia del Fiscal y no sujetarse a revisión judicial directa en tanto no concluya dicha fase.

De este modo la instrucción del Expediente, exceptuadas las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, la declaración de secreto y la preconstitución de prueba, deviene competencia y responsabilidad exclusiva del Fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del correspondiente escrito de alegaciones de la defensa.

La LORPM continua la línea evolutiva emprendida en la anterior LO 4/1992 y hace más visible si cabe la desjudicialización de los aspectos materiales de la investigación en aras de una rigurosa delimitación práctica de la función jurisdiccional como esencialmente juzgadora y de ejecución de lo resuelto, en los términos del art. 117.1 de la Constitución.

## **VI.2. Diligencias Preliminares**

El Expediente de reforma se abre con un acuerdo formal de incoación pronunciado por el Fiscal en forma de Decreto que se fundamenta en la formulación de un doble juicio de valor: de un lado, que los hechos que han llegado a su conocimiento por cualquier medio de posible eficacia (denuncia, atestado policial, oficio remitido de autoridades o funcionarios, notoriedad pública, etc.) resultan verosímiles, tienen relevancia penal e incriminan a una o varias personas menores de edad; de otro lado, que el interés de tales menores no aconseje precisamente evitar la incoación del proceso y su potencial efecto estigmatizador remitiendo la corrección del menor al ámbito de la propia familia, o a las instituciones de protección (art. 18).

En consecuencia, la intervención del Fiscal en el procedimiento de menores comienza antes de dictar el Decreto de incoación del Expediente, en una fase preliminar que tiene por objeto la valoración previa de los términos de la denuncia y la verificación, si es preciso, de actividades materiales de comprobación que estime necesarias para resolver sobre la incoación o no del Expediente.

Toda denuncia o atestado motivará la incoación de las correspondientes Diligencias Preliminares a las que se asignará numeración correlativa que tendrá por función la identificación de las actuaciones emprendidas por la Fiscalía con independencia de cuál sea su resultado ulterior -archivo, desistimiento de incoación o incoación del oportuno Expediente de reforma-.

### **VI.2.A. Recepción de la *notitia criminis* . Incoación de las Diligencias Preliminares. Condiciones de procedibilidad**

La Fiscalía tomará conocimiento de la existencia de hechos presuntamente constitutivos de delito o falta cometidos por menores de edad bien por medio de atestado policial, con o sin detenido, bien por oficio remitido

de actuaciones administrativas en las que se haya detectado el presunto delito o falta por la autoridad o funcionario público competente, bien por denuncia de particular o incluso por notoriedad misma del hecho si éste ha adquirido difusión en los medios de comunicación social, pues aunque la Ley nada prevea al respecto, el Fiscal puede incoar de oficio las actuaciones procesales.

Las vías de recepción de la noticia no presentan singularidad alguna en relación con los procesos penales de adultos y como fuentes de conocimiento no plantean otro problema que el de la verosimilitud de su contenido y el de la correcta identificación del denunciado o detenido, a efectos de constatar su edad.

Consideración autónoma merecen los supuestos en que la *notitia criminis* ha llegado en primer lugar a conocimiento del Juez de Instrucción correspondiente y ha motivado la incoación de alguno de los procesos penales de adultos regulados en la LECr, pues en este caso existirá una previa resolución judicial ordenando la remisión de los antecedentes a la Fiscalía de Menores bien en original o mediante testimonio.

La entrada en vigor de la Ley activa a su vez una nueva posibilidad, ya anticipada en el art. 69 del CP: que el Juez de Instrucción, en atención a lo dispuesto en el art. 4 de la Ley, resuelva la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de los menores a imputados mayores de 18 años y menores de 21.

En los casos en que se sospeche en el proceso penal de adultos que todos o alguno de los inculcados son menores, se ha de exigir que la determinación de la edad se haga con el debido rigor, con acreditación del día e incluso, si es el caso, de la hora de nacimiento de los mismos. Con este objeto el Fiscal que tenga asignado el conocimiento del proceso penal deberá solicitar la incorporación de la correspondiente certificación registral de inscripción de nacimiento y en defecto de ésta solicitará se recaben otros medios de prueba útiles, bien documentales, como la partida de bautismo, bien testificales o periciales, en línea con lo previsto en los arts. 375 y 376 LECr.

Normalmente los problemas más graves se plantearán en relación con extranjeros no documentados -el art. 32.2 de la LO 4/2000, de 11 de enero atribuye precisamente al Juez de Menores el esclarecimiento de la edad de los no documentados- o con grupos de población marginal que no han verificado la inscripción registral de los nacimientos.

El Fiscal encargado del despacho del asunto penal deberá interponer recurso contra la decisión del Juez de Instrucción -o Juez de lo Penal o Audiencia Provincial en su caso- de inhibirse 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.

Si pese al diligente agotamiento de los medios de prueba, subsiste la duda razonable acerca de la minoría de edad del inculcado habrá de aceptarse la remisión a la Fiscalía de Menores, pues ante el riesgo potencial de sujetar a un menor de edad a un sistema procesal y penal legalmente improcedente debe optarse por la solución menos arriesgada, que es la aplicación de las normas reguladoras de la responsabilidad penal de menores, particularmente en un estado de cosas como el presente, en el que la aplicación de esas normas se extiende

condicionadamente en favor de adultos de hasta 20 años.

En aquellos delitos o faltas que exijan como condición de procedibilidad la denuncia de la persona agraviada o de su representante, el Fiscal no podrá incoar Expediente si no se cumple dicho presupuesto, por lo que si la noticia del delito procede de autoridades, funcionarios o particulares distintos del agraviado o de su representante legal, el Fiscal deberá acordar la incoación de Diligencias Preliminares pero procederá a su inmediato archivo por no concurrir las condiciones de procedibilidad legalmente exigibles.

El Decreto de archivo se notificará al agraviado o a su representante legal, informándole de que puede activar el proceso, si lo desea, formulando la oportuna denuncia ante la Fiscalía dentro del plazo de prescripción del delito o falta previsto en el art. 10.1.

En aquellos casos en que al Fiscal se le permite suplir la inactividad de la persona agraviada o de su representante legal, como sucede por ejemplo en relación con los delitos de agresión, acoso y abuso sexual, (art. 191.1 del CP), el Fiscal tras incoar Diligencias Preliminares valorará los intereses en conflicto y decidirá sobre la incoación del Expediente de reforma en un Decreto motivado que expresará las razones que le mueven a ordenar la prosecución del procedimiento.

En cuanto a los delitos privados -injurias y calumnias contra particulares y contra autoridades y funcionarios por hechos no concernientes a sus respectivos cargos o funciones- la LORPM obliga a entender que se ha producido un cambio trascendental en su régimen de legitimación activa, desvinculándolo de las condiciones generales de procedibilidad.

Según el régimen común de la LECr el Ministerio Fiscal tiene prohibido el ejercicio de la acción penal -art. 105- y el impulso del proceso constituye una carga del ofendido -art. 275-.

Ambas previsiones de carácter general quedan exceptuadas en el específico ámbito de la LORPM que, al imponer la aplicación de su régimen de instrucción y enjuiciamiento a toda clase de delitos y faltas sin excepción alguna por razón de su naturaleza -art. 1.1-, hace extensiva a los delitos privados la prohibición de ejercicio de la acción penal por particulares -art. 25 párrafo 1- y el impulso de oficio.

Esto significa que corresponde al Fiscal ejercitar la acción penal por delitos de injurias y calumnias cometidos por menores, conservando el ofendido su poder de disposición sobre la misma, pues, de una parte, no se puede perseguir el delito sino a su instancia -art. 215.1 CP- y de otra, puede otorgar su perdón en cualquier momento del proceso, extinguiendo la responsabilidad penal -art. 215.3 CP-.

Sin perjuicio de su indudable idoneidad como vehículo para transmitir la *notitia criminis* y la voluntad de perseguir el delito imputado, la necesaria adaptación del régimen de perseguibilidad de los delitos privados al proceso penal de menores obliga a modular la exigencia de la propia querrela referida en el art. 215.1 CP. En efecto, el ofendido por un delito privado puede dirigirse al Fiscal manifestándole de modo explícito su interés en la persecución y castigo del mismo cuando haya sido cometido por un menor.

Para ello no necesitará de Abogado y Procurador, ni deberá utilizar la forma de la querrela, si bien su

comunicación con el Fiscal no puede consistir simplemente en una mera narración de los hechos, sino que deberá contener inequívocamente una expresa declaración de voluntad de persecución del delito.

Si el Fiscal tuviere conocimiento de los hechos por otras fuentes, se abstendrá de toda actuación, inclusive de la incoación de Diligencias Preliminares, pues sin iniciativa del ofendido no podrá emprender acto alguno de relevancia procesal.

#### **VI.2.B. Objeto de las Diligencias Preliminares. Depuración de las dudas iniciales de verosimilitud. Modalidades conclusivas**

Recibida por cualquier vía la *notitia criminis* se incoarán en todo caso Diligencias Preliminares, las cuales pueden concluir mediante Decreto de archivo, de desistimiento de la incoación del Expediente o de incoación del Expediente de reforma.

En esta fase de Diligencias Preliminares se habrá de valorar la concurrencia de los presupuestos necesarios legalmente para acordar la incoación del Expediente de reforma, que son, desde el punto de vista fáctico, la verosimilitud de los hechos denunciados y la determinación de la identidad y edad de los partícipes en su ejecución y desde el punto de vista normativo, la tipicidad penal de la conducta denunciada.

En relación con el primer punto, la verosimilitud de los hechos denunciados es presupuesto de la incoación del Expediente porque un menor no debe verse involucrado en un procedimiento penal si el fundamento de la incriminación carece de consistencia.

Las actuaciones procedimentales en torno a los menores se conciben en los textos internacionales como un medio subsidiario de educación e inserción social al que se ha de recurrir sólo cuando no resulten eficaces otras soluciones de naturaleza extraprocesal -cfr. número 11 de las Reglas de Beijing-.

Si el procedimiento penal es un mal menor de aplicación subsidiaria se debe comprobar con el debido cuidado que los hechos que se incriminan no presentan inicialmente dudas serias de verosimilitud pues de otro modo la incoación del Expediente carece de sentido.

Esto no significa que el Decreto de incoación del Expediente de reforma exija la percepción de una flagrancia o cuasiflagrancia en la comisión del delito o falta ni la recepción de un atestado o denuncia adornados con una prolija y sustanciosa base incriminatoria, sino simplemente que el relato de hechos contenido en la denuncia no suscite, *prima facie*, dudas relevantes en cuanto a su credibilidad y consistencia interna.

En relación con el otro presupuesto fáctico, el relativo a la edad, es preciso también determinar con carácter previo la identidad y la edad precisa de las personas a las que se imputa la comisión de los hechos punibles antes de resolver sobre la incoación del Expediente de reforma.

La comprobación de estos datos de la realidad exigirá en algunas ocasiones la práctica material de diligencias de investigación con apoyo normativo en el art. 16.2 de la Ley y en el art. 785 bis LECr., supletoriamente aplicable conforme a la Disposición Final primera de la LORPM.

Según el art. 16.2 el Fiscal admitirá a trámite o no la denuncia según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito y practicará las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión.

Según el art. 16.3 una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del Expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.

Aunque la Ley habla de inadmisión a trámite de la denuncia los Fiscales incoarán siempre Diligencias Preliminares, si bien se abstendrán de practicar diligencias de comprobación cuando los hechos carezcan de tipicidad penal procediendo a dictar el correspondiente Decreto de archivo.

También se archivarán las Diligencias Preliminares sin comprobación alguna por aplicación subsidiaria del art. 269 LECr cuando los hechos denunciados resultaren manifiestamente falsos.

Procederá, por el contrario, la práctica de diligencias materiales de investigación en fase preliminar si los hechos denunciados no resultan ser manifiestamente falsos pero ofrecen dudas ciertas en su verosimilitud que puedan ser fácilmente despejadas en un trámite breve.

El carácter preliminar de las diligencias ordenadas por el Fiscal se deduce de la correlación del apartado 3 con el apartado 2 del art. 16, al indicarse que la dación de cuenta de la incoación del Expediente al Juez de Menores, y en consecuencia, hay que entender, el propio Decreto de incoación que lo sustenta, se producirán con posterioridad a la práctica de dichas diligencias.

Los Fiscales deberán hacer un uso tan ponderado como excepcional y restringido de las diligencias de investigación en fase preliminar pues la nueva Ley busca el robustecimiento de los principios de defensa y de equilibrio de partes en la fase de instrucción, lo que obliga a no demorar su incoación con una actividad preliminar que en modo alguno debe convertirse en sustitutivo o anticipo del Expediente de reforma.

La actividad preliminar de investigación se justificará sólo en la medida en que exista una necesidad clara de despejar las dudas iniciales que la denuncia haya podido suscitar, pues donde verdaderamente se van a materializar en su plenitud los principios constitutivos del proceso será en la fase de instrucción propiamente dicha, subsiguiente al Decreto de incoación del Expediente, tras producirse la designación de Letrado al menor y tras ser puesto éste al corriente de los términos de la imputación y de las actuaciones ya practicadas en sede policial y fiscal.

Lo que justifica la necesidad de desarrollar una investigación previa al Decreto de incoación es la existencia de duda razonable en torno a la verosimilitud de la imputación y a la identidad y edad de los partícipes; su objetivo no puede ser otro que el esclarecimiento de estos extremos, en defensa activa del interés del menor que corre el riesgo de sufrir una imputación infundada si se opta por una incoación automática del Expediente.

Si incoadas Diligencias Preliminares se comprueba que el denunciado es menor de catorce años, el Fiscal dictará de inmediato Decreto de archivo remitiendo las actuaciones a la entidad de protección conforme a lo

establecido en el art. 3 de la Ley. Si se comprueba que el denunciado es mayor de 18 años, también dictará Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares y remitirá aquéllas al Juez de Instrucción competente, pues el procedimiento de reforma no es un procedimiento tipo de investigación de hechos criminales sino un mecanismo específico de tratamiento jurídico penal del menor que se justifica única y exclusivamente en la existencia comprobada de algún menor infractor, sin lo cual no es posible dictar Decreto de incoación de Expediente.

Si la duda en torno a la edad verdadera del denunciado no llega a despejarse en fase de Diligencias Preliminares pese al diligente agotamiento de los medios de investigación disponibles, en caso de suscitarse duda racional sobre la mayoría de edad del sujeto, se incoará Expediente de reforma y quedará sujeto a la jurisdicción de menores en tanto no se acredite fehacientemente su mayoría de edad al ejecutar el hecho punible.

Si la duda no despejada es en torno a si el sujeto tenía o no cumplidos los 14 de años de edad al ejecutar los hechos, dicha duda se dirimirá en sentido favorable al menor y no se le exigirá responsabilidad penal, debiendo el Fiscal dictar Decreto de Archivo de las Diligencias Preliminares con remisión de lo actuado a la entidad de protección correspondiente.

La valoración del grado de consistencia de la imputación contenida en la denuncia o atestado no se puede desvincular completamente de la naturaleza de la fuente de la que procede la *notitia criminis* pues, en general, y sin que quepa descartar la existencia de relevantes excepciones, los hechos conocidos mediante atestado policial o a través de oficio remisorio de una autoridad o funcionario público harán infrecuente el planteamiento de genuinas dudas en torno a su verosimilitud, por lo que en estos casos procederá la transformación inmediata de las Diligencias Preliminares en Expediente de reforma mediante el pronunciamiento del correspondiente Decreto de incoación.

Normalmente el atestado comprende cierto número de diligencias de investigación sustanciadas por la Policía judicial, en muchas ocasiones por grupos especialmente cualificados para la investigación y tratamiento de la delincuencia de menores y juvenil, que vienen a suponer un respaldo consistente de los términos en que se formula la incriminación -declaraciones de testigos, inspecciones oculares, cacheos y registro personales, recogida in situ de instrumentos y efectos, determinadas pericias, etc.-. Estas diligencias policiales nacen con vocación de ser incorporadas al Expediente de reforma y constituyen por la propia cualificación técnica de sus autores una singular fuente de conocimiento.

En cuanto a los oficios remisorios procedentes de autoridades o funcionarios que en el desempeño de sus responsabilidades detectan hechos presuntamente delictivos cometidos por menores, también suelen acompañarse de soportes documentales suficientemente expresivos de los hechos denunciados y de los indicios de participación del menor en los mismos.

Las denuncias formuladas por particulares, sin embargo, presentan un perfil diferente, y exigen una más cuidadosa selección y valoración por el Fiscal. No se trata de sembrar una duda sistemática en torno a este tipo de denuncias, que en la mayor parte de las ocasiones constituyen una fuente fiable de conocimiento y una ayuda inapreciable para la realización del valor constitucional de la justicia mediante la colaboración ciudadana.

Se trata simplemente de que el Fiscal asuma, en garantía del interés prevalente del menor denunciado, una función de filtro respecto de aquellas denuncias que en su propia redacción presenten contradicciones palmarias, ambigüedades o sospechosas inconsecuencias.

Este celo se ha de extremar en el caso de las denuncias anónimas, que por lo general deberán conducir al archivo de las Diligencias Preliminares incoadas en base a las mismas, pues repugna a la sensibilidad propia del profesional avezado en el desempeño de funciones tuitivas de menores que una decisión tan trascendente como es el Decreto de incoación del Expediente de reforma, expresión formal de una imputación delictiva sustentada por la autoridad del Ministerio Fiscal, tenga por único fundamento un escrito de procedencia ignorada y de cuyo contenido nadie se hace responsable.

El respeto que el menor debe inspirar a los profesionales de la Justicia como sujeto de derecho obliga a buscar soluciones nada complacientes con el empleo y proliferación de esta insidiosa modalidad de delación y no cabe duda de que el medio más saludable de prevención es la negativa a incoar Expediente de reforma y el archivo de las Diligencias Preliminares.

Sólo en caso de que la denuncia anónima se refiera a hechos de cierta relevancia y contenga en su texto datos particulares de fácil comprobación podrá, con carácter excepcional, motivar el desarrollo de una investigación preliminar que permita contrastar el fundamento y ajuste a la realidad de su contenido inculpatario. En este supuesto la tramitación de las Diligencias Preliminares despliega su genuina potencialidad tuitiva de los derechos del menor convertida en filtro que depura los datos de hecho sobre los que el Fiscal sustenta su decisión de la apertura del Expediente de reforma.

En cuanto a la denuncia de hechos típicos cometidos por personas ignoradas, es evidente que no procede en ningún caso la incoación de Expediente de reforma; el art. 16.2 de la Ley ordena el archivo de la denuncia cuando los hechos no tengan autor conocido, pero se debe razonablemente complementar este mandato con la remisión de la denuncia y de los particulares incorporados con la misma al Juez de Instrucción para que por éste se incoe el procedimiento judicial oportuno y se resuelva lo procedente sobre su impulso o archivo en los términos previstos en la LECr., pues si no se constata la autoría de los hechos y en consecuencia se ignora la participación de algún menor en los mismos la competencia del Juez de Instrucción ejercerá una vis atractiva que obligará a la remisión de los antecedentes a su sede.

En resumen, el Fiscal que reciba una denuncia o atestado incoará en todo caso Diligencias Preliminares, las cuales tramitará y concluirá con arreglo a estos criterios:

1.º Si los hechos denunciados no son constitutivos de delito o falta, procederá al archivo de las Diligencias Preliminares por atipicidad de la conducta. La misma decisión de archivo se adoptará si, en términos equivalentes a los previstos en el art. 637.1 LECr., no existen indicios racionales de haberse perpetrado el hecho denunciado.

2.º Si los hechos denunciados son manifiestamente falsos, procederá igualmente al archivo de las Diligencias Preliminares y se abstendrá de toda comprobación por aplicación subsidiaria del art. 269 LECr. (Disposición

Final primera de la LORPM).

3.º Si los hechos denunciados, sin ser evidentemente falsos, suscitan desde el principio dudas fundadas en cuanto a su verosimilitud, el Fiscal practicará en fase preliminar las comprobaciones que estime precisas para despejar tales dudas. Estas diligencias se ajustarán en su desarrollo a las previsiones generales contenidas en el art. 785 bis LECr., subsidiariamente aplicable, y en el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) por su alcance general en la regulación de la actividad investigadora del Fiscal.

La diligencia más lógica en estos casos es la citación ante el Fiscal de la persona autora de la denuncia para que proceda a la ratificación de su contenido, así como a ampliar y aclarar cuantos extremos resulten oscuros o de dudosa comprensión.

En ningún caso se extenderá la investigación preliminar más allá de lo estrictamente necesario para despejar la duda inicial. Si no se alcanza un convencimiento mínimo y elemental de la verosimilitud de la imputación, el Fiscal dictará Decreto ordenando el archivo provisional de las Diligencias Preliminares, sin perjuicio de su reapertura posterior si se localizaran nuevos datos o fuentes de conocimiento.

4.º Si el Fiscal aprecia claramente la concurrencia de cualesquiera otras de las causas a las que la LECr. asocia el sobreseimiento previsto en los arts. 637 y 641 LECr., acordará también el archivo de las Diligencias Preliminares. No obstante, se recomienda incoar Expediente de reforma en todos aquellos casos en que no siendo evidente la concurrencia de causas de sobreseimiento, merezca la pena agotar las diligencias de investigación posibles con el fin de esclarecer los hechos.

5.º Si los hechos no plantean dudas relevantes de verosimilitud, tienen encaje en alguno de los tipos del CP o de cualquiera de las leyes penales especiales y se predicen de personas identificadas y comprobadamente menores de edad, salvo que el interés del menor exija un desistimiento de la acción en los términos del art. 18.1, el Fiscal dictará Decreto de incoación del Expediente de reforma y emprenderá la fase de instrucción propiamente dicha con la plenitud de garantías que la Ley procura.

El Decreto de archivo de las Diligencias Preliminares deberá notificarse a los denunciantes (art. 16.2, in fine) por cualquier medio de comunicación que permita acreditar la recepción de la cédula. A los denunciantes se les informará que contra la decisión del Fiscal no cabe recurso y que no pueden reiterar la denuncia ante el Juez de Instrucción, por carecer éste de competencia objetiva en la materia. A los perjudicados, aunque no hayan sido denunciantes, también se les notificará el archivo informándoles que con la notificación se reactiva el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción ordinaria.

Los Decretos de archivo de Diligencias Preliminares no constituyen decisiones jurisdiccionales y como tales no implican un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, por lo que nada impide su revisión futura si se localizan nuevos hechos o elementos probatorios que aconsejen la reapertura de las Diligencias Preliminares o la incoación del Expediente de reforma.

**VI.2.C. Desistimiento de la incoación del Expediente: juicio de oportunidad acerca del ejercicio de la**

## **acción penal**

Los textos internacionales relacionados con la justicia de menores insisten en la atribución de amplias facultades discrecionales a las autoridades encargadas de conducir el procedimiento con el fin de aplicar en cada caso la solución más acorde con los intereses concretos del menor investigado.

La actuación discrecional del investigador, cuyo trasunto procesal es el principio de oportunidad reglada en el ejercicio de la acción, no constituye por ello un espacio reservado al libre decisionismo del instructor, sino que resulta del ejercicio de una potestad discrecional vinculada al logro de los objetivos de educación e inserción social del menor que informan el texto de la Ley.

El Fiscal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal de adultos en relación con los delitos públicos, está autorizado a desistir del ejercicio de la acción penal en determinadas circunstancias y la primera manifestación de este principio la encontramos en el art. 18 de la Ley, que regula el llamado desistimiento de la incoación del Expediente para articular la corrección en el ámbito educativo y familiar.

Establece este precepto que el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del Expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas, siempre y cuando no conste que el menor haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

El presupuesto de esta decisión es doble: formalmente la infracción debe hallarse tipificada como mera falta o como delito menos grave, en el bien entendido de que delitos menos graves son todos aquellos que tienen prevista en el CP una pena de naturaleza menos grave (art. 13.2 en relación con el art. 33.3 del CP); materialmente, el hecho ha de verse exento de toda forma de violencia o intimidación en su ejecución, lo que supone la exclusión de determinados delitos menos graves en los que se actúan formas efectivas de coacción o intimidación aunque sean de naturaleza menos intensa.

En cuanto a la exigencia legal de que el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza (art. 18.2) se ha de entender que el menor no debe haber incurrido en hechos constitutivos de delito grave o, si se trata de delito menos grave, que en su ejecución no haya empleado violencia o intimidación, aunque los hechos presenten una naturaleza diversa, pues en una interpretación lógica de la ley este precedente, que sin duda le habría impedido beneficiarse en su momento del desistimiento del Fiscal, se convertiría en obstáculo para lograr el mismo beneficio respecto de hechos posteriores.

Si el hecho anterior es constitutivo de mera falta, o de delito menos grave sin concurrencia de violencia o intimidación, podría entenderse que el Fiscal tiene legalmente vedada la decisión de desistimiento sólo si el hecho anterior tiene la misma naturaleza que el hecho actual, atendiendo a si se ha visto lesionado el mismo bien jurídico de un modo semejante.

No es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la Ley se refiere a hechos, no a delitos ni a condenas ejecutorias.

La remisión a la intervención educativa de la propia familia del menor se enuncia en el epígrafe introductorio del

art. 18, pero curiosamente no se menciona en el texto que desarrolla el citado art., que sólo prevé el traslado de lo actuado a la entidad de protección de menores, aunque es obvio que este traslado sólo tiene sentido si se detecta en el menor alguna situación relevante de riesgo o desamparo que justifique la adopción de las medidas de protección en el orden civil.

No toda infracción menor, sobre todo si es aislada, implica la concurrencia de una situación de riesgo que necesite de la activación de los recursos previstos en el CC y en la LO 1/1996 citados en el art. 3 de la Ley.

El desistimiento se acordará en un Decreto motivado que determinará el archivo de las Diligencias Preliminares, del cual se dará traslado al Juez de Menores para que proceda a la incoación de la pieza de responsabilidad civil si existen perjudicados.

### **VI.3. Fase de instrucción**

La fase de instrucción se inicia con el Decreto de incoación del Expediente de reforma. El Fiscal debe dar traslado inmediato del mismo al Juez de Menores. Aunque la LORPM utiliza expresiones como «dar cuenta» (art. 16.3) o remitir «parte de incoación» al Juez (arts. 22.2 y 64.1.ª) la comunicación no puede ser entendida como un mero formalismo, pues desencadena importantes efectos jurídicos, en la medida en que precipita la constitución de la relación jurídico-procesal, fuerza la incorporación de los pasivamente legitimados como parte necesaria en la pieza principal, y marca el punto de inicio en la tramitación de las Diligencias judiciales y de la pieza separada de responsabilidad civil.

Es preciso que el Decreto contenga una sucinta exposición de los hechos que se incriminan, o en su caso que se acompañe de la copia del atestado policial o de la denuncia que haya motivado su adopción. La documentación que reciba el Juez deberá consignar con claridad la identidad de los menores expedientados, de sus representantes legales o guardadores y de los posibles perjudicados, en su calidad de partes de la pieza de responsabilidad civil.

Recibido el parte e incoadas las oportunas diligencias en el Juzgado de Menores (art. 16.3) el Secretario del Juzgado requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, aquél le será nombrado de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados (art. 22.2).

El Fiscal por su parte debe notificar el Decreto al perjudicado si ya le consta su identidad o en su caso tan pronto como de la instrucción del Expediente se obtenga constancia de su existencia (art. 22.3). Esta notificación deberá comprender información del derecho que le asiste de personarse en la pieza de responsabilidad civil y, por supuesto, del derecho a personarse en la pieza principal en los términos del art. 25.

Incoado el Expediente la instrucción se encaminará no sólo a preparar la celebración de la audiencia, sino también a buscar la solución procesal más beneficiosa para el menor, lo que en ciertos casos justificará el desistimiento de su continuación y la renuncia a la audiencia.

#### **VI.3.A. Intervinientes**

En el proceso de reforma de menores intervienen el Ministerio Fiscal, que dirige la instrucción y tiene atribuido en exclusiva el ejercicio de la acción penal, y el menor inculcado, representado y defendido por Letrado.

El Fiscal se ubica en una posición de difícil articulación, pues debe compatibilizar el ejercicio de la acción penal con la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento (art. 6).

Facultativamente el o los perjudicados por el delito pueden tener una intervención en el Expediente en los términos del art. 25.2. Las condiciones de la Ley son sumamente restrictivas, pues ha de tratarse de hechos presuntamente cometidos por personas de al menos 16 años de edad, y de hechos acompañados de violencia o intimidación, o generadores de un riesgo grave para la vida o integridad física de las personas.

La Ley no exige que la violencia o intimidación empleadas sean graves o especialmente relevantes, por lo que habrá que estimar comprendidos en los supuestos de habilitación los delitos de naturaleza menos grave cuya descripción típica abarque el uso de violencia física o compulsiva contra personas.

Descartamos por extensivo el entendimiento del elemento normativo «violencia» como vis in re o fuerza en las cosas porque ampliaría las posibilidades de personación más allá de los límites razonables que impone la ratio de la norma, y también descartamos por expreso imperativo legal las infracciones leves, aunque comprendan el ejercicio de violencia.

En lo que se refiere a los delitos que hayan generado un grave riesgo para la vida o integridad física de las personas, la previsión legal parece reproducir el presupuesto del apartado 4.º del art. 9, si bien en un contexto distinto, en el que se difumina su sentido, pues si el riesgo generado, por grave que sea, no produce un daño efectivo, no existirá el perjuicio material que confiere legitimación procesal.

El Decreto del Fiscal que rechace la personación de un perjudicado está sometido a control judicial directo, pues el perjudicado puede reiterar su solicitud ante el Juez de Menores en el plazo de cinco días desde la notificación del acuerdo denegatorio (art. 25.6). Vencido el plazo de cinco días el perjudicado pierde su derecho. Si la personación se pretende en fase de audiencia, la solicitud se dirigirá directamente al Juez de Menores que resolverá por auto. Las decisiones judiciales adoptadas en esta materia serán susceptibles de recurso en los términos de los arts. 25.9 y 41.2.

La Ley no establece reglas específicas de postulación procesal y, a diferencia de lo que prevé para la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.11.º), no hace excepción expresa del régimen general de postulación procesal previsto en la LECr., por lo que hay que entender que el perjudicado no podrá personarse en la pieza principal si no está asistido de Abogado y representado por Procurador.

El perjudicado tiene muy acotado el objeto de su intervención procesal y no puede proponer la imposición de medida educativa alguna. El epígrafe del art. 25 declara la inexistencia de acción particular y popular en este proceso y en su párrafo 1.º prohíbe el ejercicio de la acción penal por particulares, por lo que hay que entender que el perjudicado se incorpora al proceso en calidad de mero coadyuvante en el esclarecimiento de los hechos

y de la participación del menor en el ejercicio de una legitimación procesal sui generis, dada su limitada capacidad de postulación y su carácter subordinado en relación con el Fiscal y, consiguientemente, respecto de las vicisitudes procesales que acompañen al genuino ejercicio del derecho de acción.

En su calidad de coadyuvante de la acusación pública su posición procesal queda supeditada a la intervención del Fiscal, quien al tener a su disposición el ejercicio de la acción penal limita con sus decisiones sus posibilidades de actuación. Si el Fiscal da por concluida la fase de instrucción y propone al Juez el sobreseimiento y archivo, el perjudicado no puede oponerse eficazmente a la decisión, ni impulsar con actos propios el proceso ni tan siquiera recurrir el subsiguiente auto de sobreseimiento, pues sólo en la medida en que el Fiscal sostiene el ejercicio de la acción pervive la legitimación del perjudicado.

Los derechos reconocidos en la Ley son los siguientes: derecho a tener vista de lo actuado y a ser notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden (art. 25 párrafo 3.º), derecho éste que se ha de circunscribir al conocimiento de las diligencias materiales de investigación de los hechos, no al informe del Equipo Técnico cuyo contenido se ha de mantener reservado también frente al perjudicado personado; derecho a participar en la práctica de las pruebas que se desarrollen en la fase de instrucción (art. 25 párrafo 5º), a presentar un escrito tras la conclusión de la fase de instrucción en el que, valorando la actividad probatoria desarrollada, pase a proponer prueba para el acto de la audiencia (art. 25 párrafo 7.º), a proponer al inicio de ésta la práctica de nuevas pruebas (art. 25 párrafo 8.º), a ser oído sobre la resultancia probatoria obtenida en relación con los hechos imputados y la participación del menor en los mismos (art. 25 párrafo 8.º), a recurrir cuantos autos y providencias de los Jueces de Menores afecten a las facultades que tiene reconocidas (art. 25 párrafo 9º) y a recurrir en apelación la sentencia misma.

La Ley sin embargo le prohíbe proponer pruebas o formular conclusiones en relación con la situación personal, familiar, psicológica y social del menor y proponer medidas educativas (art. 25 párrafos 4 y 8). Tampoco puede solicitar la imposición de medidas cautelares (art. 28), la declaración de secreto del Expediente (art. 24) y la práctica de diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3), pues si no está prevista la audiencia del perjudicado antes de adoptar cualquiera de estas decisiones, tampoco se le puede considerar legalmente autorizado a solicitar por sí la adopción de las mismas.

El perjudicado puede personarse en el procedimiento tanto en la fase instructora como en la fase de audiencia (art. 25 párrafo 2) si bien el ejercicio de sus facultades habrá de ajustarse a las necesidades de celeridad y simplificación imperantes en el proceso por lo que no podrá solicitar la retroacción de las actuaciones.

### **VI.3.B. Las diligencias de instrucción ordenadas por el Fiscal**

El objeto de la instrucción del proceso de reforma de menores debe circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal estime absolutamente imprescindibles para una formulación bien fundada del escrito de alegaciones o para obtener un criterio razonable de terminación anticipada del proceso y derivación del asunto hacia soluciones extraprocesales.

No se deben reiterar diligencias que la Policía haya practicado en el atestado correspondiente o que el Fiscal

haya verificado en fase preliminar, pues tanto unas como otras quedan incorporadas al Expediente tan pronto se acuerda su incoación.

No hay que olvidar que en el proceso de reforma de menores, al igual que en el de adultos, la única prueba de cargo eficaz para hacer exigible la responsabilidad penal del inculpado es la que se practica en la vista oral, en fase de audiencia, y que la instrucción del Expediente constituye un mero trabajo preparatorio.

El Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional y, en consecuencia, no puede anticipar la prueba que ha de servir para fijar los hechos probados en sentencia, por lo que el momento oportuno para la reproducción del material probatorio recabado en la fase previa a la incoación del Expediente de reforma no es la fase de instrucción, sino la audiencia misma, en una vista oral, ajustada a los principios de inmediación judicial, contradicción y defensa, como única válida para producir prueba de cargo eficaz.

En consecuencia el Fiscal deberá acordar la práctica de aquellas diligencias instructoras que, no siendo reproducción de diligencias policiales o preliminares, resulten a su juicio de imprescindible verificación para esclarecer la participación del menor en el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta y la medida o intervención educativa más adecuada en su caso.

Para valorar esta necesidad se ha de considerar que en el proceso de reforma de menores el principio de proporcionalidad no opera con la misma intensidad que en el proceso penal de adultos, pues si la pena impuesta al adulto ha de guardar en todo caso la debida proporción en relación con la intensidad del injusto cometido y el grado de culpabilidad acreditado, en el caso de las medidas educativo-sancionadoras previstas en la LORPM lo que se pretende es, primordialmente, la educación e inserción social del mismo, y la promoción de su bienestar y realización personal, y sólo de manera secundaria, la expresión del reproche social que merezca su conducta, expresión que además no exige inexcusablemente el enjuiciamiento de los hechos y el dictado de la sentencia (v. gr. art. 27.4).

De acuerdo con esta filosofía la calificación jurídico-formal de los hechos que se imputan al menor tiene menos trascendencia que en el proceso de adultos, porque la selección y graduación de la medida a imponer se verifica con amplia flexibilidad, atendiendo más que a la gravedad intrínseca de los hechos cometidos, a las necesidades y carencias educativas y personales que se aprecien en su autor.

El proceso además no busca necesariamente su conclusión mediante la celebración de audiencia y el pronunciamiento de una sentencia, sino que la Ley autoriza en bien del menor soluciones extraprocesales como la conciliación o la reparación que atienden a la realización de la finalidad educativa sin recurrir a medidas de naturaleza sancionadora.

Muchas de las diligencias que en el proceso penal de adultos resultan imprescindibles para redactar el escrito de acusación, tales como la tasación del valor de los efectos hurtados o dañados, o la determinación precisa del período de sanidad de un lesionado, pierden importancia en la fase de instrucción del proceso de reforma, por lo que al menos en aquellos casos en que el informe pericial no sea determinante de la tipificación del hecho como delito o falta, lo aconsejable será reservar para la audiencia la práctica efectiva de tales pruebas con el fin de no

recargar la instrucción.

### **VI.3.C. Diligencias de instrucción instadas por las partes. Instrucción judicial complementaria**

Este criterio restrictivo ha de ser atendido también por el Fiscal cuando resuelva sobre la admisibilidad de las diligencias de instrucción solicitadas por el Letrado del menor o por el perjudicado personado en el proceso. Estas partes tienen derecho a proponer diligencias en fase de instrucción con el fin de dotar de contenido y fundamento a las solicitudes que formulen en el ejercicio de su respectiva legitimación, pero sin que ello signifique que dicho ejercicio haya de ser entendido como ilimitado.

El Fiscal dirige la investigación y goza de amplia discrecionalidad para resolver sobre la admisibilidad de las diligencias solicitadas por las partes. Sólo existe una diligencia que no puede rechazar, la declaración del menor, pues según el art. 26.2, trasunto del art. 400 LECr., cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto la declaración del menor el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el Expediente si no está ya concluso.

En lo demás, el Fiscal debe valorar en concreto la pertinencia y utilidad de las diligencias de instrucción que se le piden y habrá de rechazar razonadamente aquellas que supongan mera repetición de las ya practicadas o que no aporten nada relevante a los efectos de resolver sobre la prosecución del procedimiento. La resolución del Fiscal se notificará al solicitante y se pondrá en conocimiento del Juez de Menores para su constancia.

Contra al Decreto del Fiscal rechazando una diligencia de instrucción solicitada por la parte no cabe recurso alguno, si bien cabe reiterar la solicitud ante el Juez de Menores: el perjudicado en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia -art. 25, 6.º-, el Letrado del menor en cualquier momento -art. 26.1-.

Aunque la Ley no establece límite alguno a la facultad del Letrado del menor para dirigirse al Juez postulando la práctica de la diligencia rechazada, en la medida en que es la propia Ley la que traza una separación neta entre las funciones de instruir y juzgar, parece prudente entender que la intervención efectiva del Juez de Menores en relación con las diligencias ordinarias de instrucción queda legalmente pospuesta hasta la apertura del trámite de audiencia (arts. 31 y 33.e).

No parece aceptable que el indudable derecho que asiste a la defensa de poder contradecir eficazmente el criterio del Fiscal instructor y de obtener una respuesta judicial fundada a sus pretensiones tenga que traducirse necesariamente en el desarrollo de una instrucción judicial paralela a la del Fiscal, pues dicho resultado práctico resultaría contraproducente, de dudosa operatividad y contradictorio con la estructura general del proceso que la Ley diseña, que atribuye al Fiscal el protagonismo en la fase de instrucción hasta su conclusión final, sin perjuicio del posterior control judicial sobre lo actuado que se ha de verificar en la fase intermedia, abierto el trámite de audiencia, al verificarse el juicio sobre el fundamento de la acusación.

El problema que plantean las diligencias de instrucción propuestas por la defensa y rechazadas por el Fiscal, al menos cuando se trata de diligencias relevantes a los efectos del proceso, esto es, a efectos de decidir si resulta procedente celebrar audiencia o sobreeser, halla cauce procesal adecuado de resolución en el trámite del art. 33, e), que autoriza al Juez, una vez abierta la fase de audiencia, a practicar por sí dichas pruebas.

Esta posibilidad se alza como alternativa a la convocatoria de audiencia -art. 33, a)- y al sobreseimiento -art. 33, b) y c)- y sirve para configurar un genuino trámite de instrucción judicial complementaria a instancia de la defensa cuyo objeto es dirimir la necesidad de proseguir el procedimiento.

Así pues el Letrado del menor, tras la apertura del trámite de audiencia, todavía puede reclamar el sobreseimiento de la causa y fundar dicha pretensión en la práctica de aquellas diligencias que el Fiscal le rechazó en el curso del Expediente de reforma, pese a resultar pertinentes y útiles.

Dado que los escritos evacuados ante el Juez de Menores tanto por el Fiscal como por la defensa pueden contener una solicitud de sobreseimiento -art. 30.4 y por remisión art. 31, pues en buena lógica procesal la facultad que se confiere al Fiscal de instar el sobreseimiento no le puede ser negada a la defensa- el Letrado del menor podrá aprovechar la evacuación del escrito de alegaciones para solicitar la práctica anticipada de diligencias cuando las considere reveladoras de la falta de fundamento de la acusación y determinantes en consecuencia de la aplicación de alguna causa de sobreseimiento -v. gr., porque pueden demostrar la no participación del menor en el hecho que se le imputa (piénsese en un reconocimiento en rueda) o la inexistencia del propio hecho imputado-.

Si el Juez de Menores, contradiciendo el criterio manifestado en fase de instrucción por el Fiscal, estima la pertinencia de las diligencias solicitadas, puede abrir entonces un breve trámite en el curso del cual las practicará por sí. Aunque la Ley sólo prevé que tras su práctica, se dé traslado de su resultado al Fiscal y al Letrado del menor, es obvio que la práctica judicial de las diligencias se debe verificar con citación de todas las partes personadas y así se exigirá por los Fiscales si se pretendiere llevar a cabo la prueba de espaldas a las mismas.

A la vista del resultado de esta actividad probatoria el Juez daría nuevo traslado al Fiscal y defensa -y en su caso al perjudicado personado- con el fin de que se pronuncien sobre el mantenimiento o la modificación de sus iniciales escritos, resolviendo definitivamente por auto sobre la celebración de la audiencia o sobre el sobreseimiento de las actuaciones.

Hay que entender por ello que cuando el art. 33, e) habla de pruebas «que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia» no se está refiriendo sólo a la necesidad procesal de anticipar la práctica de las pruebas que no admitan demora, sino también a una necesidad de orden diverso, la que plantea el derecho que debe serle reconocido al Letrado del menor de evitar la celebración del juicio dándole la oportunidad de reclamar del Juez la práctica de aquellas diligencias rechazadas por el Fiscal que fueran verdaderamente reveladoras de la falta de fundamento de la acusación.

Esta solución puede ser la más adecuada porque, de un lado, evita el disfuncional desarrollo paralelo de dos instrucciones a un mismo tiempo, la judicial y la fiscal, que inevitablemente se produciría si se admitiese la posibilidad de que el Juez practicase antes de la conclusión del Expediente de reforma las diligencias de instrucción rechazadas por el Fiscal. De otra parte, garantiza a la defensa del menor la posibilidad de evitar tempestivamente la celebración de la audiencia, obteniendo del Juez de Menores un pronunciamiento de sobreseimiento fundado en la práctica de aquellas diligencias de instrucción que, denegadas en su momento por

el Fiscal, puedan ser relevantes para enjuiciar con justicia el fundamento de la acusación.

Desde este punto de vista, los Fiscales habrán de ponderar la conveniencia de recurrir los autos del Juez de Menores que acuerden la práctica de diligencias de instrucción cuando el Expediente de reforma se halle todavía en poder del Fiscal, defendiendo por los medios procesales oportunos, la exclusividad que al Ministerio Público atribuye la Ley en la dirección de la instrucción, hasta tanto sea declarado concluso el Expediente y remitido al Juez (art. 30).

#### **VI.3.D.Otras decisiones jurisdiccionales relacionadas con la instrucción**

Cuestión distinta la constituyen las diligencias restrictivas de derechos fundamentales, que el Fiscal no puede practicar por sí mismo, y que exigen la autorización del Juez de Menores mediante auto motivado (art. 23.3) pues en este caso su intervención se justifica por la necesidad de dispensar sin demora una tutela efectiva de los derechos fundamentales cuya restricción se halla constitucionalmente condicionada a la previa autorización judicial: la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la Constitución), el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución) y la integridad e intimidad personal en ciertas actuaciones de exploración corporal (arts. 15 y 18.1 de la Constitución).

También se debe excepcionar de la regla general la práctica de prueba anticipada, por la necesidad de inmediación judicial en su producción. Por aplicación supletoria de la LECr. (Disposición Final primera de la LORPM), especialmente de sus arts. 448 y 449, las partes podrán dirigirse al Juez para anticipar cualquier prueba que por razones ajenas a su voluntad no pueda previsiblemente ser practicada en la audiencia.

Se debe acudir al Juez en fase de instrucción para solicitar, si es el caso, la declaración de secreto de las actuaciones. El auto judicial resultante debe ser motivado y fundarse en una necesidad acreditada de verificar la instrucción sin conocimiento inmediato del Letrado del menor, lo que convierte a esta medida en verdaderamente extraordinaria, potencialmente lesiva del derecho de defensa y en consecuencia de uso muy restringido.

El auto habrá de efectuar una ponderación de los intereses en conflicto, de una parte el interés de la sociedad en la realización de la justicia frente a posibles maniobras del menor inculpado o de otras personas de su entorno encaminadas a ocultar o dispersar elementos de prueba; de otro, el derecho fundamental del menor a ejercer una defensa efectiva de su interés en la fase de instrucción del Expediente.

Aunque la Ley no lo exige, la excepcionalidad de la medida aconseja que el Juez establezca en su resolución un límite máximo a la duración temporal de la situación de secreto, que en principio no debería superar el plazo de un mes previsto en el art. 302.2 LECr., sin perjuicio de eventuales prórrogas de la medida.

El auto judicial en el que se acuerde la declaración de secreto será notificado al Letrado del menor en su parte dispositiva y una vez alzado el secreto se notificará íntegramente al Letrado para su conocimiento y eventual ejercicio del derecho a recurrirlo.

Determinadas diligencias de instrucción restrictivas de derechos, como la intervención de comunicaciones, exigirán la simultánea declaración judicial de secreto instructorio, por lo que procede que los Fiscales soliciten

dicha declaración en el mismo escrito en que insten del Juez la adopción de la diligencia restrictiva de derechos.

El art. 24 también autoriza al propio menor o a su familia a exigir el secreto del Expediente. Parece que la Ley autoriza una declaración específica de secreto interno de las actuaciones frente a los perjudicados.

Las exigencias de motivación y de adecuada ponderación de los intereses en conflicto no serían menores en este caso, pues una declaración incondicionada o injustificada de secreto conduciría a una arbitraria suspensión de los derechos reconocidos en la Ley las partes personadas.

### **VI.3.E. La intervención del Equipo Técnico**

La instrucción tiene por objeto, además del esclarecimiento de los hechos, el estudio de la personalidad del menor para alcanzar una comprensión suficiente de sus características personales, carencias educativas y necesidades de integración social. Con este fin se constituye el Equipo Técnico integrado por especialistas en las diversas ciencias del comportamiento que, bajo dependencia funcional del Ministerio Fiscal, elaboran un informe expresivo de las circunstancias psicológicas, familiares y educativas del menor, entorno social en el que vive y sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley (art. 27.1).

El informe del Equipo Técnico constituye para el Fiscal una fuente de información de uso imprescindible -aunque no vinculante- para adoptar las oportunas decisiones sobre prosecución del proceso y selección de medidas. Dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos, en cuanto emanado de un órgano imparcial al servicio de la Administración de Justicia y presenta una eficacia legal reforzada por su carácter preceptivo. Tan pronto lo reciba el Fiscal, lo debe remitir al Juez de Menores y mediante copia al Letrado del menor (art. 27.5).

Es recomendable que, con el fin de no demorar de modo innecesario su intervención y dotar de una aconsejable inmediatez a su participación en el proceso, sea en el mismo Decreto de incoación del Expediente de reforma donde se ordene al Equipo Técnico la elaboración del informe en el plazo legal o la actualización de los anteriores si el menor ya fue objeto de previo estudio y exploración.

El Equipo Técnico tiene encomendada también una importante labor de mediación entre el presunto infractor y la víctima y si lo estima adecuado debe promover un acuerdo de conciliación o de reparación entre ambos en los términos del art. 27.3 correspondiendo al propio Equipo la definición del contenido y finalidad de dicha actividad.

El ejercicio por el Fiscal de sus facultades discrecionales queda en gran medida condicionado, aunque no vinculado, por el trabajo del Equipo Técnico, pues gran parte del contenido reglado de sus decisiones favorables al sobreseimiento y archivo debe remitir su razón a la expresada en las propuestas del Equipo.

No es posible, por ejemplo, optar por el desistimiento en la continuación del Expediente en los términos del art. 19.1 si el Equipo no alcanza el éxito en sus esfuerzos de mediación o no propone una actividad socioeducativa sustitutiva del proceso.

El Fiscal ciertamente no queda vinculado por las propuestas de este Equipo, pero es indudable que la dimensión

no jurídica de los problemas que plantea la justicia de menores va a quedar perfilada por estos profesionales con los que se debe procurar mantener un contacto ininterrumpido y fluido.

Además la intervención del Equipo no se cierra con la instrucción, sino que continúa en trámites esenciales como son, entre otros, la comparecencia de medidas cautelares (art. 28.2), la audiencia (arts. 35.1 y 37.2), la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40), la vista del recurso de apelación contra la sentencia (art. 41.1), la sustitución de medidas (arts. 50.2 y 51.1), y el alzamiento de una medida por conciliación sobrevenida a su ejecución (art. 51.2).

De trascendental importancia en la defensa del bienestar del menor es la función de asistencia personal que le atribuye la Ley desde la detención preventiva (art. 17.3) o desde la incoación del Expediente (art. 22.1.f)

El estudio de los aspectos no jurídicos del proceso tampoco queda atribuido en régimen de exclusividad al Equipo Técnico, pues el Fiscal puede y debe hacer uso de otros informes procedentes de entidades públicas y privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado, como complemento necesario de la instrucción que en este punto sí debe buscar un conocimiento exhaustivo del perfil psicosocial del menor con el fin de aquilatar la salida procesal más adecuada para el mismo.

### **VI.3.F. Las medidas cautelares**

#### **a) Citación del inculpado**

La instrucción del Expediente de reforma requiere una disponibilidad permanente del menor que en cualquier momento puede ser citado por el Equipo Técnico, por el Fiscal o por el Juez de Menores para la práctica de las diligencias señaladas en la ley.

El Fiscal podrá citar al menor contra el que existan indicios fundados de su participación en los hechos con el fin de que comparezca a su presencia para recibirle declaración. Ciertamente la LORPM sólo prevé esta comparecencia a solicitud expresa del Letrado (art. 26.2), pero esta omisión no debe entenderse como negación de la facultad del Fiscal de recibir en declaración al menor si lo estima procedente, pues no se puede negar al Ministerio Público lo que se autoriza a la Policía durante la detención (art. 17.2).

Los Fiscales deberán en cada caso evitar sucesivas comparecencias del menor que contribuyen a generar en aquél una nada educativa familiaridad con las oficinas y dependencias oficiales. A tal fin, habrán de ponderar la conveniencia de hacer coincidir una citación única que agote, en la medida de lo posible, la práctica de los actos procesales que exijan la presencia del menor, evitando nuevas e innecesarias citaciones si no existen contrastadas necesidades relacionadas con el éxito de la instrucción.

Si el menor no acude a las citaciones, previo apercibimiento, deberá verse sujeto a la compulsión necesaria para forzar su participación en el proceso, pues no es sólo sujeto de derechos, sino también de deberes cuya exigibilidad condiciona la eficacia del mismo.

Por aplicación subsidiaria del art. 487 LECr la citación se transformará en orden de detención cuando el citado

no compareciere ni justificare su ausencia. A estos efectos las citaciones que gire la Fiscalía deberán contener las indicaciones y apercibimientos oportunos siguiendo el modelo de los arts. 175 y 176 LECr en lo que resulte aplicable.

## **b) Detención**

El menor detenido goza en su plenitud de los derechos reconocidos en el art. 520 LECr., de los que ha de ser puntualmente informado en un lenguaje claro y comprensible.

Su régimen de detención, regulado en el art. 17 de la LORPM, presenta especialidades de gran importancia, que refuerzan el círculo de garantías establecidas para la protección de su especial condición: la detención en sede policial no puede exceder de 24 horas y debe ser custodiado en dependencias separadas de las destinadas a los adultos.

La Ley exige del Fiscal que ponga en libertad al menor o inste lo procedente sobre su situación personal en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la detención. El precepto no se remite al plazo de 72 horas fijado en el art. 17.2 de la Constitución y en el art. 520.1.2 LECr como límite cronológico de eficacia general, ni tan siquiera fija como momento inicial del cómputo aquel en el que el detenido es puesto a disposición de la Fiscalía: las cuarenta y ocho horas se computan desde el momento mismo de la detención.

Los Sres. Fiscales, de acuerdo con la doctrina constitucional, extremarán su celo para que el período de detención dure lo estrictamente necesario, evitando el agotamiento de los plazos legales cuando no exista una razón poderosa que lo justifique.

Cuando el delito lo comete un menor integrado en banda armada o relacionado con individuos terroristas o rebeldes, la detención gubernativa tendrá un plazo máximo de duración de setenta y dos horas a la vista de la remisión expresa e incondicionada que el art. 17.4 hace al art. 520 bis LECr, que supone una excepción singular al régimen general aplicable a la detención de los menores de edad.

Las facultades judiciales para resolver la prórroga de la detención y la incomunicación del detenido pasan a ser competencia del Juzgado de Menores.

## **c) Habeas corpus: problemas específicos**

En lo que se refiere a la competencia para resolver las solicitudes de habeas corpus presentadas con motivo de la detención de un menor ésta sigue residenciada en el Juez de Instrucción correspondiente.

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.

En este caso el representante del Ministerio Fiscal encargado de la Sección de Menores habrá de cumplir sin demora alguna el deber de comunicación impuesto en el art. 5 de la LO 6/1984 y se habrá de asignar a otro

Fiscal distinto el despacho de los trámites previstos en los arts. 6 (incidente de admisión de la solicitud de habeas corpus) y 7 (audiencia sobre el fondo de la cuestión).

La duplicidad de representación que esta situación genera resulta sumamente perturbadora para una Institución como es el Ministerio Fiscal, garante de los derechos procesales y que además tiene confiada en la propia Ley Orgánica (art. 3, b), junto con el Defensor del Pueblo, la legitimación activa para promover el procedimiento de garantía, por lo que habrá que extremar la vigilancia y el control de la regularidad de las detenciones interesando de la Policía, tan pronto se reciba la notificación prevista en el art. 17.1, la remisión de información puntual de los motivos y circunstancias que han llevado a la práctica de la detención e instando la libertad si no se estima suficientemente justificado el recurso a la privación de libertad.

#### **d) Otras medidas cautelares**

El Ministerio Fiscal solicitará del Juez, cuando lo estime procedente, la adopción de alguna de las medidas cautelares previstas en la Ley: internamiento en centro en el régimen que resulte adecuado, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Para ello es necesario que concurren en el menor indicios racionales de participación en el delito y que se compruebe además la existencia de un riesgo de fuga o de obstrucción a la acción de la justicia por parte del menor (art. 28.1).

El Juez de Menores, por lo tanto, no puede acordar de oficio medida cautelar alguna si no es instada previamente por el Ministerio Fiscal, única parte legitimada para formular peticiones de esta índole.

En cuanto al procedimiento para su adopción difiere según el tipo de medida que se persiga. Tratándose de internamiento, se habrá de celebrar una comparecencia en los términos del art. 28.2 a la que asistirán el Letrado del menor, el representante del Equipo Técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores.

En dicha comparecencia, de naturaleza y características muy similares a la prevista en el art. 504 bis 2 LECr para acordar la adopción de medidas cautelares personales en el proceso de adultos, el Ministerio Fiscal y el Letrado del menor podrán proponer medios de prueba que se practiquen en el acto, o en todo caso dentro de las 24 horas siguientes. Es conveniente que el Fiscal anticipe la proposición de prueba en el mismo escrito en el que inste la celebración de comparecencia, sin perjuicio de su facultad de proponer otras distintas al inicio de la sesión.

Tratándose de medidas de libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, el art. 28.1 no exige la celebración de una comparecencia, pero sí la preceptiva audiencia del Letrado del menor, del Equipo Técnico y de la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, audiencia que podrá verificarse por trámite escrito.

En el caso de que el menor sea detenido por la Policía y puesto a disposición del Fiscal, si éste no tiene intención de solicitar la medida cautelar de internamiento habrá de poner en libertad al detenido dentro del plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención y posteriormente solicitar del Juez la adopción de la medida de libertad vigilada o de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo si las considera

apropiadas para la custodia y defensa del menor. Estas medidas, de ser estimadas, no tienen fijado un plazo límite de duración y podrán prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. No obstante, los Sres. Fiscales evitarán su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.

Si por el contrario el Fiscal va a interesar la medida de internamiento, habrá de poner al detenido a disposición del Juez de Menores antes del agotamiento del plazo de cuarenta y ocho horas y deberá solicitar simultáneamente la convocatoria de comparecencia. La Ley nada dice del plazo en el que se debe celebrar la misma, pero dado que la situación del detenido se debe legalizar, por aplicación supletoria del art. 497.1 LECr, en un plazo máximo de setenta y dos horas a partir de la puesta a disposición judicial, la comparecencia deberá celebrarse en ese término.

No conviene demorar la convocatoria, pues determinados medios de prueba quizá tengan que practicarse en las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia, por lo que conviene dejar un margen razonable de tiempo ante esta eventualidad.

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.

La medida de internamiento, de estimarse, tendrá un plazo de duración máximo de tres meses, prorrogables por otro plazo igual a petición del Fiscal. Esta limitación cronológica obligará a los Fiscales a llevar un control preciso de la medida con el fin de instar y obtener la prórroga antes de la expiración del plazo inicial de tres meses.

El Juez, por supuesto, podrá en cualquier momento alzar la medida si entiende que han cesado los supuestos que la justificaban sin previa solicitud de parte, o la podrá sustituir por vigilancia o convivencia dada la condición menos restrictiva de la libertad del menor que estas medidas imponen.

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 todo caso hay 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.

En cuanto a la incapacitación 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.

#### **VI.4. La conclusión de la instrucción**

La instrucción concluye tan pronto como el Fiscal ha conseguido reunir los datos de hecho y elementos de juicio precisos para resolver sobre la prosecución del procedimiento mediante la formulación de un escrito de alegaciones, escrito que se justifica en un doble juicio de valor:

- Que la participación del menor en los hechos punibles denunciados aparezca suficientemente justificada en base al número y calidad de las diligencias de investigación reunidas.
- Que las circunstancias personales y sociales del menor aconsejen la imposición de alguna de las medidas educativas previstas en la Ley.

Si el juicio de valor sobre el fundamento fáctico de la imputación es negativo, el Fiscal, agotadas infructuosamente las posibilidades de la instrucción, ha de remitir el Expediente al Juez de Menores acompañado de propuesta de sobreseimiento y archivo en función de alguna de las causas formalizadas en los arts. 637 y 641 LECr.

Si lo que falla es el juicio sobre la oportunidad o necesidad de imponer al menor alguna de las medidas de corte educativo-sancionador previstas en la Ley, el Fiscal está autorizado para decretar anticipadamente la conclusión del Expediente y su remisión al Juez con solicitud de sobreseimiento y archivo derivando hacia vías alternativas o externas al proceso la realización del fin educativo y resocializador.

Ambas constituyen crisis del proceso, pero presentan un fundamento dispar: en el primer caso el proceso concluye por inexigibilidad de responsabilidad penal, pues los menores se benefician sin restricciones de los principios de legalidad penal y de presunción de inocencia; en el segundo caso el proceso se cercena por inadecuación de la respuesta penal a las necesidades educativas y sociales del menor, o porque se han logrado formas más satisfactorias de educación e integración social, como la conciliación o reparación de la víctima.

#### **VI.4.A. Desistimiento del ejercicio de la acción**

Lo regula el art. 19.1 que autoriza al Fiscal a desistir de la continuación del Expediente cuando el hecho imputado constituya delito menos grave o falta, atendiendo en particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, siempre y cuando, de manera alternativa:

- El menor se haya conciliado con la víctima.
- El menor haya asumido y cumplido un compromiso satisfactorio de reparación del daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito.
- El menor se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el Equipo Técnico en su

informe.

A estos tres supuestos de desistimiento el art. 27.4 incorpora otros dos, a propuesta del Equipo Técnico:

— Que no resulte conveniente al interés del menor la continuación del Expediente por haber sido expresado suficientemente el reproche social que merece su conducta a través de los trámites ya practicados.

— Que por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos resulte inadecuada para el interés del menor cualquier intervención.

Estos supuestos de desistimiento implican renuncia a la audiencia y a la imposición de medidas de contenido sancionador-educativo en sentencia, pero no abandono de la necesaria intervención educativa que se procurará articular por medios de naturaleza extraprocesal.

Desde el punto de vista procedimental, sin embargo, en estos cinco supuestos el Fiscal adopta una decisión de no ejercicio de la acción penal que impide la continuación del proceso aunque se haya personado el perjudicado y manifieste su disentimiento, pues éste ejerce una legitimación meramente adhesiva que no le autoriza a suplantar al Fiscal en el ejercicio de la acción.

El Decreto del Fiscal por el que acuerde la conclusión de la instrucción deberá ser motivado y expresar su causa legal, con indicación del art. de la Ley en que se ampara, pues aun siendo su discrecionalidad muy extensa y flexibles los presupuestos de su ejercicio, su facultad es de naturaleza reglada y ello obliga a hacer explícitos los motivos en que se funda con el fin de disipar toda sospecha de arbitrariedad.

El Decreto se notificará a todos los perjudicados por el delito o falta, se hayan personado o no en la causa, pues es una decisión que afecta a sus intereses de conformidad con lo dispuesto en el art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **VI.4.B. El sobreseimiento de las actuaciones**

El Fiscal puede solicitar por escrito el sobreseimiento del proceso por cualquiera de los motivos previstos en la LECr.

El sobreseimiento se regula en el art. 30.4 remitiéndose la Ley a las causas previstas en la LECr. Se constituye así en manifestación de inexigibilidad de la responsabilidad penal, cuando es libre en los términos del art. 637, o de impotencia probatoria cuando es provisional en los términos del art. 641.

##### **a) La fiscalización jurisdiccional de la petición de sobreseimiento del Fiscal**

Como ya se ha indicado *supra*, la petición de sobreseimiento por el Fiscal, de acuerdo con la literalidad del art. 30.4, habría de fundarse en algunos de los motivos previstos en la LECr. Si bien se mira, la cobertura para esa petición de sobreseimiento es más amplia, pues la propia LORPM autoriza la solicitud de sobreseimiento por motivos que no son contemplados en el procedimiento penal común como fundamento de esta solución de cierre. Es el caso, por ejemplo, del sobreseimiento por conciliación con la víctima o por el compromiso de

reparar el daño causado (art. 19.1).

La petición de sobreseimiento por el Fiscal sugiere la duda acerca de si el Juez de Menores goza de las facultades correctoras y de fiscalización que el procedimiento común confiere al órgano jurisdiccional en los arts. 642 y 644 LECr. Conforme al primero de ellos, la discrepancia del Juez con la petición de sobreseimiento del Fiscal autorizaría a aquél a poner en conocimiento de los interesados en el ejercicio de la acción penal la pretensión del Fiscal, a fin de que, si lo estiman procedente, puedan sostener la acción penal. El papel subordinado y contingente que la LORPM confiere al perjudicado a la hora de reglar su presencia en el procedimiento, no parece compatible con la posibilidad de que se ejerza la acción penal por el perjudicado, haciéndolo con independencia del criterio de la acusación pública. Las singularidades del proceso penal que tiene al menor de edad como destinatario también condicionan la solución en aquellos otros supuestos en que el Juez de Menores repunte improcedente la petición de sobreseimiento del Fiscal. La fórmula acogida por el art. 644 LECr., consistente en instar del superior jerárquico del Fiscal de Menores un pronunciamiento acerca de si procede o no sostener la pretensión, tampoco parece adaptarse al régimen jurídico que contempla la LORPM. Si se reputa como fundamento de esa posibilidad al alcance del Juez la conveniencia de que no quede sin castigo una conducta especialmente reprochable, da la impresión de que esa idea retributiva no goza de acogida entre los principios que inspiran el enjuiciamiento penal del menor de edad. Si, por el contrario, se considera que rechazando una petición de sobreseimiento se mira preferentemente a los intereses de la víctima, la actuación judicial resultaría estéril, a la vista de los límites que la LORPM pone a la presencia procesal del perjudicado.

En cualquier caso, la falta de respuesta legal a ese interrogante hace previsible que no falten casos - probablemente excepcionales- en los que por el Juez de Menores se reaccione a una petición de sobreseimiento del Fiscal acudiendo a alguno de los expedientes autorizados por los arts. 642 y 644. En tales supuestos, convendría que el debate previo acerca de si esa posibilidad goza o no de cobertura procesal quedara excluido, no recurriendo a actos impugnatorios que sólo conducirían a una inútil dilación del procedimiento. Se trataría, en fin, de proporcionar al órgano jerárquicamente superior la posibilidad de una rápida decisión que necesariamente habría de tomar en cuenta las consideraciones antes expuestas. De esta manera, las dudas acerca de la aplicación de este instrumento fiscalizador al alcance del Juez habrían de pesar de modo decisivo a la hora de pronunciarse sobre la inicial petición de sobreseimiento del Fiscal. Todo ello sin perjuicio, claro es, de que en supuestos definidos por la absoluta excepcionalidad aquellos preceptos permitan corregir errores materiales que hubieran podido deslizarse en la petición de sobreseimiento.

#### **VI.4.C. El escrito de alegaciones**

El Fiscal acordará mediante Decreto la conclusión del Expediente, notificándosela al Letrado del menor, y ordenará la remisión del mismo al Juez, junto con las piezas de convicción y demás efectos, y un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, y la proposición de alguna de las medidas previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen (art. 30.1).

El Fiscal también puede solicitar, si lo estima procedente, el sobreseimiento -art. 30.4-.

En cuanto al escrito de alegaciones del perjudicado personado, el art. 25.7 dice que, con carácter previo a la remisión del Expediente al Juez, el Fiscal concederá a dicho perjudicado un plazo de cinco días para que valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia.

Hemos de entender que el traslado del Expediente al perjudicado sólo cabe si el Fiscal no ha decidido solicitar el sobreseimiento, pues en ese caso deberá limitarse a notificar al perjudicado el Decreto de conclusión del Expediente y a poner en su conocimiento la decisión de solicitar tal sobreseimiento.

Si concluido el plazo de cinco días el perjudicado no entrega su escrito, el Fiscal procederá sin demora a remitir al Juez el Expediente junto con su propio escrito de alegaciones.

El escrito de alegaciones del Letrado del menor se presenta directamente ante el Juez de Menores, después de que éste haya declarado abierta la fase de audiencia y le haya dado traslado del escrito de alegaciones del Fiscal y del testimonio del Expediente.

El Letrado del menor puede instar en su escrito el sobreseimiento del proceso y, en su caso, la práctica anticipada de diligencias de instrucción que hubieran sido denegadas por el Fiscal -art. 33.e-. Si el Juez de Menores estima esta petición, abre un trámite complementario de instrucción judicial en el que, tras practicar las diligencias solicitadas, daría nuevo traslado a las partes para que mantengan o modifiquen sus escritos de alegaciones, tras de lo cual resolvería sobre el sobreseimiento de la causa o la celebración de audiencia.

En caso de que el Letrado del menor no solicite la práctica anticipada de pruebas, formulará escrito de alegaciones en términos semejantes a los previstos en el art. 30.1 para el escrito del Fiscal y propondrá prueba para celebrar en el acto de la audiencia.

## **VII. FASE INTERMEDIA: PRINCIPIO DE AUDIENCIA**

El escrito de alegaciones formulado por el Fiscal y su remisión al Juzgado de Menores, pone término a la fase de instrucción -que, como se ha dicho *supra*, requiere un acto formal de conclusión del Expediente- y posibilita la apertura de lo que el texto legal llama fase de audiencia (arts. 30 y 31). Esta fase, tal y como ha sido concebida por el legislador es de naturaleza eventual. No existirá en aquellos casos en que la terminación del procedimiento se verifique mediante archivo acordado por el Fiscal cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido (art. 16.2). Tampoco cuando el Fiscal desista de la incoación del Expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18). Fuera de estos casos en los que la LO 5/2000 no ha impuesto fórmulas de control jurisdiccional a la decisión de archivo, los restantes supuestos de terminación anticipada del procedimiento a instancia del Fiscal exigirán la formal conclusión del Expediente. Así acontece, por ejemplo, con la fórmula acogida por el art. 19, precepto regulador del sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o la que regula el art. 27.4, relativa a aquellos casos en que el Equipo Técnico sugiere en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del Expediente.

A la fase de audiencia dedica la ley su título IV mediante el empleo de una terminología, cuando menos, equívoca. De un lado, porque el vocablo audiencia expresa con mayor precisión, no una fase del procedimiento, sino un principio procesal sin cuya observancia quebraría la legitimidad constitucional de cualesquiera otras fases que integran el procedimiento; de otra parte, por cuanto el mismo término sirve para referirse a dos momentos procesales bien diferenciados. El legislador alude al trámite de audiencia (art. 31) como momento procesal para hacer valer el derecho de defensa durante la fase intermedia y emplea el mismo vocablo para referirse a la celebración de la audiencia, aludiendo a lo que en otros procedimientos sería la fase de juicio oral. Es probable que mediante el empleo de la palabra audiencia se persiga huir de otras expresiones que, pese a contar con mayor arraigo en nuestras leyes procesales, pueden evocar una idea ajena a los principios que inspiran la LO 5/2000.

El deseo de una mayor claridad sistemática hace aconsejable que nuestra exposición distinga con nitidez aquellos dos momentos. De ahí que, aun a sabiendas de su relativismo terminológico, se van a distinguir dos momentos diferenciados:

a) trámite de audiencia, entendido éste como momento procesal para la elaboración del escrito de alegaciones de la defensa y

b) celebración de la audiencia, aspecto este último que será tratado más adelante.

#### **VII.1. Trámite de audiencia y escrito de alegaciones de la defensa**

La recepción por el Juez de Menores del escrito de alegaciones del Fiscal, junto al Expediente, las piezas de convicción y efectos del delito, constituye uno de los presupuestos procesales necesarios para la apertura de la fase intermedia o trámite de audiencia. No faltarán casos en que la remisión se limite al Expediente y al escrito de alegaciones, al no existir piezas de convicción o efectos del delito. Conviene tener presente que el art. 25 apartado 7 de la LORPM exige del Fiscal que, con carácter previo a la remisión de su escrito de alegaciones y del resto del Expediente al Juzgado de Menores, dé un traslado de cinco días al perjudicado que se hubiere personado a fin de que «... valore el conjunto de la prueba practicada y, en su caso, proponga aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia». Como se desprende de la lectura de aquel precepto, el escrito del perjudicado limita su contenido a una valoración probatoria y a una propuesta de aquellas diligencias que, a su juicio, debieran realizarse en la fase de audiencia. El perjudicado, pues, no contribuye a la delimitación del objeto del proceso, en la medida en que no tiene autorizada la descripción de los hechos que han de definir los términos del debate. Esta idea -además de poner de manifiesto la particularísima posición procesal que la LORPM ha querido para el perjudicado- puede ser de especial importancia a la hora de resolver una duda que se deriva de la falta de precisión del enunciado del art. 25 párrafo 7. En este precepto se señala que el plazo para alegaciones se concederá al perjudicado «... con carácter previo a la remisión por el Fiscal del escrito de alegaciones con el Expediente al Juzgado de Menores». Surge la duda, pues, acerca de si el perjudicado podrá tener a la vista el escrito de alegaciones formulado por el Fiscal o si, por el contrario, la valoración y propuesta probatoria para la que le faculta la ley habrá de hacerse al margen de la propuesta formulada por el Fiscal. Con independencia de que la oscuridad del precepto hace válidos cualesquiera argumentos en una u otra dirección,

parece conveniente que, en la medida en que el perjudicado no puede delimitar los hechos que van a ser objeto de enjuiciamiento, conozca al menos la propuesta del Fiscal. De lo contrario, sus valoraciones sobre las diligencias ya practicadas y, sobre todo, su propuesta probatoria, pueden sufrir ciertas desviaciones en relación con lo que luego resulte la propuesta fáctica del Fiscal. De ahí la conveniencia de que el traslado incluya, en todo caso, el escrito de alegaciones del Fiscal.

El legislador ha querido que esa remisión sea íntegra, esto es, que abarque todo el material que pueda haber generado la fase de instrucción del procedimiento. Sólo así se entiende el empleo de la expresión demás elementos procesales, giro carente del necesario rigor técnico pero que, al propio tiempo, revela el propósito legislativo de descartar un envío selectivo de las actuaciones. La importancia de las piezas de convicción, efectos e instrumentos del delito no exige ser destacada. Su presencia en el Juzgado de Menores puede resultar decisiva para la apreciación probatoria. De ahí la necesidad de que el envío de tales efectos se verifique de modo que no genere discusión alguna acerca de su autenticidad. Las distintas Fiscalías, pues, habrán de extremar las medidas que garanticen la custodia de aquéllas y que aseguren su envío y recepción por el Juzgado de Menores. La actual ausencia de Secretarios judiciales con destino en los órganos del Ministerio Fiscal no facilita, desde luego, una custodia amparada en la fe judicial. En espera de que la provisión de las plazas de Secretario en las Fiscalías pueda convertirse en una realidad, resulta indispensable que la custodia y envío de aquellos efectos se aparte de una concepción burocrática que perjudique la celeridad en la remisión y, lo que puede ser más importante, que alimente dudas acerca de su coincidencia con las piezas y efectos que hubieran sido intervenidos durante la fase de instrucción.

El Expediente remitido por el Fiscal ha de incorporarse a las diligencias abiertas con anterioridad por el Juez que, como es sabido, ha de iniciar aquéllas a raíz de la comunicación llevada a cabo por el Fiscal en cumplimiento de lo previsto en el art. 16.3. Como ya se ha apuntado, el legislador quiere que el Expediente se incorpore sin exclusiones, ni siquiera la de aquellos aspectos del Expediente que carecieran de toda significación procesal.

Conforme al art. 31 la defensa del menor ha de elaborar en el plazo de cinco días el escrito de alegaciones -que habrá de comprender los mismos extremos que el escrito del Fiscal- y puede proponer la prueba que considere pertinente. Cabe la posibilidad alternativa de que ese escrito de alegaciones sirva de vehículo a la defensa para expresar su conformidad con la medida solicitada por el Fiscal, siguiendo en tal caso -que será objeto de análisis *infra* - el trámite previsto en el art. 32. La propuesta probatoria de la defensa no conoce en el escrito de alegaciones un momento preclusivo, de suerte que puede ser reiterada en el acto de la vista, siempre que pueda ser practicada en ese momento y, claro es, previa declaración de pertinencia.

El escrito de alegaciones del Fiscal -al que se suma la limitada y eventual valoración que puede hacer el perjudicado ex art. 25 párrafo 7- y las alegaciones del Letrado de la defensa conforman con carácter provisorio los términos del debate y definen los elementos a ser tenidos en cuenta por el Juez de Menores para decidir acerca del desenlace de la fase intermedia. Las posibilidades son varias y se impone un análisis diferenciado, pues aun siendo ese el camino que pudiera calificarse como ordinario, existen otras alternativas que también exigen un comentario individualizado.

## **VII.2. Sobreseimiento del Expediente**

Al analizar *supra* la fase de conclusión de la instrucción, ya han sido efectuadas algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del sobreseimiento y los distintos presupuestos sobre los que la LORPM hace descansar aquella resolución. También se formularon algunas observaciones al régimen jurídico de fiscalización jurisdiccional de la petición de sobreseimiento por el Fiscal. Conviene hacer ahora alguna precisión complementaria.

En efecto, una vez concluso el Expediente el Ministerio Fiscal puede optar, bien por la formulación del escrito de alegaciones, bien por la petición de sobreseimiento. Sin embargo, conviene precisar que el sobreseimiento del Expediente puede también ser acordado por el Juez de Menores pese a que por el Fiscal se haya formulado escrito de alegaciones. Así lo autoriza el art. 33.b), que exige del órgano jurisdiccional dicte auto motivado. El camino que conduce al sobreseimiento del Expediente puede presentar, pues, diversas direcciones. De un lado, puede tener por fundamento la petición del Fiscal (art. 31), tanto por algunos de los supuestos previstos en la LECr., como por alguna otra de las causas contempladas por la LORPM. Esa petición plantea el interrogante acerca de los límites o fórmulas de control jurisdiccional de esa solicitud, cuestión que va a ser objeto de análisis en el siguiente epígrafe. En cualquier caso, el acogimiento de la propuesta del Fiscal ha de llevar al Juez a dictar la resolución prevista en el art. 33.c) de la LO 5/2000.

La resolución de sobreseimiento puede ser también consecuencia de una decisión jurisdiccional que no cuente con la petición del Fiscal en tal sentido. Forma parte del ámbito funcional reservado al Juez de Menores el control de la solidez del escrito de alegaciones del Fiscal. En tales casos, el Juez, a la vista de ese escrito de alegaciones, del escrito que contenga, en su caso, la valoración y propuesta probatoria del perjudicado -art. 25 párrafo 7- y, en fin, del escrito de alegaciones de la defensa, puede optar por cerrar las puertas de la audiencia, decretando el sobreseimiento a que alude el art. 33.b). No deja de resultar llamativo el hecho de que ese mismo precepto exija que el sobreseimiento, en tal caso, se decrete mediante auto motivado, dando pie a la errónea conclusión de que, en los restantes supuestos, se podría prescindir de la motivación. Quizás con ello haya querido el legislador acentuar la idea de que el sobreseimiento que se acuerda a propuesta del Fiscal (art. 33.c) es un sobreseimiento sometido a cierto automatismo, por virtud del cual, las razones de la exclusión de la audiencia son las expuestas por el Fiscal en su escrito de petición de sobreseimiento. Parece obvio entender que la LORPM carece de razones para apartarse del régimen general de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, cuya importancia ha sido reiteradamente destacada por una jurisprudencia constitucional de innecesaria cita.

## **VII.3. Remisión por el Juez de Menores de las actuaciones al órgano judicial competente**

El art. 33.1.d) concede al Juez de Menores la cobertura legal precisa para denegar la celebración de la audiencia y remitir las actuaciones al Juez competente, siempre que aquél considere «... que no le corresponde el conocimiento del asunto». Ello es coherente con el significado constitucional de las reglas que determinan la competencia. Sin embargo, los Sres. Fiscales habrán de volcar sus esfuerzos a fin de impedir que a esas alturas del procedimiento todavía existan dudas acerca del aspecto competencial. El enjuiciamiento de un menor

de edad hace aconsejable evitar, en la medida de lo posible, un itinerario procesal a la búsqueda de quién haya de asumir el enjuiciamiento de un hecho respecto del cual -y, sobre todo, respecto de su autor- el tiempo puede desplegar perniciosos efectos. De ahí que la regla contenida en el art. 21 de la LO 5/2000, con arreglo a la cual el Fiscal ha de acordar la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente, cobre un especial relieve. Esa regla no es sino concreta expresión del deber estatutario impuesto con carácter general por el EOMF, cuyo art. 3.8 obliga a los Fiscales a velar por el mantenimiento de la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales.

#### **VII.4. Incidente probatorio**

El apartado e) del art. 33 señala como posible contenido de la resolución jurisdiccional la decisión acerca de la práctica de las pruebas propuestas por el Letrado del menor y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, siempre que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia y el Juez estime que son relevantes a los efectos del proceso.

Al igual que sucedía al tratar del sobreseimiento, el régimen jurídico del incidente probatorio que puede preceder a la celebración de la audiencia, ya fue objeto de examen al abordar la fase de conclusión de la instrucción. En el epígrafe VI.3.c se sugería una interpretación que diera pie a una instrucción judicial complementaria, orientada a hacer realidad el principio de contradicción y con él los derechos de defensa y aportación probatoria. Bueno será, pues, remitirse a lo entonces comentado.

Acaso convenga insistir en que muchos son los interrogantes que este precepto plantea. La respuesta que se ofrezca a cada uno de aquéllos será decisiva para la aplicación práctica del texto legal. Parece que en ese mismo enunciado se agolpan dos ideas bien diferenciadas, la que alude a la revisión jurisdiccional de la negativa del Fiscal a la práctica de determinadas diligencias durante la instrucción y la que tiene que ver con la noción de prueba anticipada. Respecto de la primera de las cuestiones, llama la atención el hecho de que se concentre en ese momento la práctica de pruebas que, con arreglo al art. 26.1, pueden solicitarse «en cualquier momento». Sin embargo, como ya se ha razonado al tratar la fase de conclusión de la instrucción, una interpretación conforme a la cual se abriera una suerte de incidente probatorio previo a la celebración de la audiencia, contaría a su favor con una más certera ordenación de las distintas secuencias que integran el procedimiento, impidiendo que, al amparo del art. 26.1, se consolidara una práctica que condujera a una instrucción en paralelo, llevada a cabo por el Juez a instancias del Letrado del menor que viera rechazadas sus peticiones por el Fiscal.

La oscuridad del precepto ya anuncia disparidad de criterios interpretativos. El texto legal avala muy diversas soluciones. Sin embargo, el criterio sugerido en el epígrafe VI.3.c representa la mejor de las soluciones ordenadoras, pues conjuga de modo armónico y equilibrado la conveniencia de impedir una paralela instrucción dirigida por el Juez de Menores a impulsos del Letrado del menor y la necesidad de no poner cortapisas al ejercicio del derecho de defensa y aportación probatoria por parte de quien, al fin y al cabo, es parte pasiva del proceso.

#### **VII.5. Auto de apertura de la audiencia. Pertinencia de las pruebas y señalamiento**

Como ya se ha indicado *supra*, el escrito de alegaciones del Fiscal, la eventual valoración y propuesta probatoria del perjudicado y el escrito de alegaciones de la defensa del menor, preparan la decisión jurisdiccional acerca del desenlace de la fase intermedia. Con anterioridad ya se ha hecho especial referencia a algunas de las posibles formas de terminación del procedimiento. Es obligado ahora centrar nuestro interés en el análisis de lo preceptos que regulan la decisión del juez favorable a la celebración de la audiencia, acto procesal cuya incidencia en el proceso formativo del menor de edad no necesita ser destacada.

El enunciado del art. 33.a) debe completarse con la previsión del art. 34, toda vez que mientras en el primero de los preceptos se incluye la celebración de la audiencia entre los posibles contenidos de la decisión del Juez de Menores, en el segundo se expresa la misma idea, si bien con mayor precisión, aludiendo al auto de apertura de la audiencia. Al margen de matices gramaticales, lo cierto es que el régimen jurídico de la apertura de la audiencia presenta algunas singularidades frente a otros procedimientos. Así, por ejemplo, el Juez de Menores goza de un mayor margen de arbitrio a la hora de denegar la apertura de la audiencia, pues el art. 33.b) de la propia LORPM le autoriza para decretar cualesquiera de las formas de sobreseimiento reconocidas por la LECr. Esa facultad de cierre al alcance del Juez de Menores, en la medida en que adopta la forma de auto que pone término al procedimiento, admite recurso de apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, conforme a lo previsto en el art. 41.3.

El mismo auto que decreta la apertura de la audiencia ha de contener el juicio de pertinencia acerca de las pruebas propuestas por el Fiscal y la defensa del menor en los respectivos escritos de alegaciones. El Fiscal habrá de velar porque la declaración de pertinencia se extienda, en su caso, al escrito de valoración y proposición probatoria que el art. 25 párrafo 7 autoriza a realizar al perjudicado. Conviene destacar que esa propuesta probatoria, si bien se activa en virtud de un traslado que efectúa el Fiscal durante la fase de instrucción, escapa a cualquier posibilidad de censura o declaración de impertinencia por parte del órgano instructor. Pese a la obviedad del recordatorio, es menester no olvidar que la declaración de pertinencia o impertinencia incumbe al Juez de Menores, debiendo éste en su resolución pronunciarse acerca de la aceptación o rechazo de las pruebas propuestas.

El art. 37 -en el momento del inicio de la audiencia- autoriza una nueva propuesta probatoria a las partes, si bien condiciona su prosperabilidad al hecho de que las diligencias solicitadas puedan practicarse en el acto. Sin perjuicio de hacer uso de esa facultad en cuantas ocasiones resulte necesario, los Sres. Fiscales habrán de ponderar la conveniencia de formular una propuesta probatoria exhaustiva en su escrito de alegaciones, contribuyendo así a definir con mayor nitidez los términos del debate y reforzando el equilibrio *inter partes*, al excluir actuaciones sorpresivas en materia probatoria que, en algún caso no descartable, abran la puerta a la alegación de indefensión.

El art. 34 contiene tres plazos cuya respectiva observancia permitiría una mayor celeridad en el tratamiento jurisdiccional del injusto cometido por el menor de edad. De acuerdo con aquel precepto, la decisión del Juez acerca de la apertura de la audiencia y pertinencia de las pruebas propuestas, ha de producirse dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se hubiera presentado el escrito de alegaciones por el Letrado de la defensa o, caso de no presentación, una vez transcurrido el plazo concedido para ello -cinco días ex art. 31-. Al

propio tiempo, el señalamiento para el inicio de las sesiones de la audiencia ha de fijarse dentro de los diez días siguientes a la fecha del auto de apertura. La experiencia cotidiana permite una conclusión muy clara acerca del grado de cumplimiento de las exigencias temporales que, con tanta frecuencia, suelen acoger los textos legales más variados. Sin embargo, el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y al cabo, inexigibles. La ordinaria influencia que el tiempo despliega en las relaciones jurídicas adquiere ahora un valor especial. Un plazo excesivamente dilatado entre el momento de la infracción delictiva y el momento de su enjuiciamiento, puede debilitar las bases mismas del sistema, convirtiendo en extemporánea -y, por tanto, inútil- una resolución jurisdiccional que nace con vocación educadora y que refuerza su justificación si acomoda el momento de su ejecución a los fines generales que inspiran el nuevo texto legal.

### **VIII. CELEBRACION DE LA AUDIENCIA**

El art. 37 tiene por objeto regular el momento más relevante en el procedimiento llamado a exigir responsabilidades penales al menor de edad. La celebración de la audiencia supone el desenlace a un proceso que, por sus singularidades, por la especial naturaleza de los valores en juego y por la edad del sujeto pasivo, arbitra otras soluciones intermedias, orientadas precisamente a evitar lo que, en otros casos, podría considerarse el epílogo ordinario de toda investigación penal. Conviene no olvidar que la celebración de la audiencia, por más que pueda relativizarse su escenografía mediante la informalidad que tolera el enjuiciamiento de la conducta de un niño, constituye un acto procesal que, en no pocos casos, se traducirá en una experiencia inolvidable en la etapa formativa del menor de edad. De ahí su importancia y de ahí la necesidad de que los Sres. Fiscales huyan de la formal rutina con la que, en más de una ocasión, se aborda el desarrollo de las sesiones del juicio oral.

#### **VIII.1. Régimen jurídico de la asistencia del menor. Principio de publicidad. Excepciones**

El art. 35 de la LORPM se integra por dos apartados, ocupándose el primero de determinar el régimen jurídico de la presencia o ausencia de quienes pueden ser llamados a la celebración de la audiencia. El segundo de los apartados admite la exclusión eventual del principio de publicidad y proclama la prohibición incondicional de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor que es objeto de enjuiciamiento. La incidencia directa que el erróneo entendimiento del principio de publicidad puede tener en el desarrollo integral del menor, así como la necesidad de preservar algunos de los derechos que podrían verse comprometidos, obligan al Fiscal a una actitud vigilante, huyendo de cualquier rutina que desdeñe la importancia de los valores en juego.

Los Sres. Fiscales habrán de cuidar de que la presencia del menor, de su Letrado y del representante del Equipo Técnico que hubiera dibujado el perfil psico-educativo de aquél (art. 27), esté garantizada, huyendo de prácticas carentes de todo respaldo constitucional, tendentes a dar por reproducido lo que tiene que ser objeto de prueba durante el desarrollo de las sesiones. Todo intento de conferir al material incorporado al Expediente durante la fase de instrucción un valor procesal distinto al que le es propio, no sólo iría contra elementales exigencias del derecho a un proceso justo, sino que impediría al Juez un cabal conocimiento de la medida más apropiada para el logro del propósito reeducador que anima el sistema.

La singular naturaleza del enjuiciamiento de menores, que hace de la audiencia -en aquellos casos en que se estime procedente su celebración- uno de los instrumentos educativos puestos al servicio del desarrollo integral del menor infractor, impone ciertos condicionantes a la hora de cuestionarse los efectos asociables a la falta de presencia del menor. No existe duda que esa presencia constituye, por regla general, un ideal para el más adecuado tratamiento jurisdiccional de la acción del menor. No es obstáculo a esa afirmación lo previsto en el art. 37.4, que autoriza la ausencia momentánea del menor de la sala de audiencia en aquellos supuestos excepcionales en que así lo acuerde el Juez, aspecto que será objeto de análisis infra. La lectura del art. 35 evidencia el deseo legislativo de que la escenificación de la audiencia se lleve a cabo con la presencia, entre otros, del infractor. También es cierto que ese mismo precepto no contiene una prohibición expresa del juicio en ausencia del menor. Incluso una interpretación tolerante con la posibilidad de ausencia del menor podría deducirse de la expresión empleada por el legislador cuando, tras enumerar en el apartado 1 del art. 35 quiénes han de estar presentes, abre una vía excepcional para los casos en que «... el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del Equipo Técnico, acuerde lo contrario». Ciertamente no es claro el alcance de la excepción introducida por ese inciso. Sin embargo, sí lo es el que entre los mencionados se encuentra el propio menor. En cualquier caso, la conveniencia de arbitrar una vía absolutamente excepcional para un enjuiciamiento en ausencia viene impuesta por la propia realidad de los hechos. Baste pensar en aquellos casos -de frecuencia estadística apreciable- en que la infracción se produce en el esporádico lugar de vacaciones del menor, situado éste a una distancia más que considerable respecto del lugar de residencia. Imponer a toda costa el traslado forzoso del menor al lugar en que el juicio ha de celebrarse, puede acarrear efectos más nocivos de aquellos a los que la audiencia pretende hacer frente. No parece lógico, sin embargo, que esa posibilidad -cuyo carácter excepcionalísimo ha de presidir toda aproximación a su procedencia- se admita sin una limitación que evite indeseables consecuencias. De ahí que la aplicación supletoria de la LECr. - ex disposición adicional primera de la LORPM-, excluya la posibilidad del juicio en ausencia en aquellos casos en que la petición del Fiscal en el escrito de alegaciones se refiera a una medida, cualquiera que fuera su naturaleza, de duración superior a un año (cfr. art. 793.1 LECr.).

La presencia del Letrado del menor constituye otro de los presupuestos indispensables para la válida celebración de la audiencia. Su exigencia es fácilmente justificable a la vista de la necesidad de posibilitar al menor de edad un adecuado ejercicio de su irrenunciable derecho de defensa.

El representante del Equipo Técnico que haya dictaminado acerca de las condiciones psicológicas, sociales y educativas del menor (cfr. art. 27) también ha de hallarse presente en el momento de celebración de la audiencia. Como ya se ha apuntado *supra*, los informes y dictámenes del Equipo Técnico, en cuanto órgano al servicio de la Administración de Justicia, participan de la naturaleza de la prueba pericial, por más que la LORPM les confiera un reforzado papel protagonista a la hora de indagar el más acertado tratamiento educativo del menor. Aquellos informes carecen de fuerza vinculante, pese a su indudable peso argumental, pudiendo ser apreciados por el Juez de Menores conforme a las reglas generales de valoración de la prueba penal. El legislador ha querido, en todo caso, que el desarrollo de esa prueba pericial no esté sustraído al principio de inmediación. De ahí que imponga la presencia del miembro del Equipo Técnico como condición necesaria para el adecuado desarrollo de la audiencia. Su naturaleza pericial presenta, sin embargo, algunos matices que

acentúan su singularidad. Se trata de una actividad probatoria de configuración legal, cuya realidad y existencia no se hace depender de la proposición de las partes o de la propia iniciativa judicial. Las partes carecen de verdadera disposición sobre aquélla, siendo obligada su práctica en todo caso.

El art. 35 somete a un tratamiento individualizado la presencia o ausencia de los representantes legales del menor. A tal respecto, establece una regla general de carácter facultativo, con arreglo a la cual aquéllos podrán acompañar al menor. Al propio tiempo, abre la puerta a una decisión jurisdiccional de exclusión de esa presencia, decisión que impone al Juez, con carácter previo, oír al Fiscal, al Letrado del menor y al representante del Equipo Técnico. El criterio del Fiscal, cuando a tal efecto sea requerido su informe, habrá de huir de toda regla de carácter general y abstracto, centrandó su atención en el caso concreto y en las consecuencias que, a su juicio, puedan derivarse de la presencia o de la ausencia del representante legal. A la vista de las normas civiles que regulan el ejercicio de esa representación legal y dada la importancia que en el proceso educativo del menor puede llegar a tener la celebración de la audiencia, todo parece indicar que la exclusión del representante legal ha de revestir el carácter de excepcional. Sin perjuicio de lo que la práctica cotidiana pueda aconsejar en cada caso, no parece que el orden de la enumeración que hace el art. 35 acerca de quiénes han de ser oídos -Fiscal, Letrado del menor y representante del Equipo Técnico- pueda reputarse un orden inflexible y de obligado respeto. De ahí que en aquellos casos en que el Fiscal carezca de opinión formada al respecto o estime prudente contrastar su criterio con la valoración de un técnico, podría instar del Juez de Menores que alterara el orden del dictamen a fin de que fuera el representante del Equipo Técnico el que expresara su opinión con carácter previo.

El apartado 2 del mismo art. 35 establece el régimen jurídico del principio de publicidad durante la celebración de las sesiones, autorizando al Juez a acordar una excepción al criterio general de publicidad, siempre que ello venga impuesto por «... el interés de la persona imputada o de la víctima». Se trata de una solución legal que reproduce el criterio previgente que ya estableciera la LO 4/1992. No es ésta, sin embargo, una cuestión pacífica. No han faltado autores que han sugerido invertir los términos del enunciado, de suerte que se proclamara un principio general de exclusión de la publicidad y se autorizara al Juez a permitir la celebración excepcional de las sesiones en régimen de audiencia pública. Esa propuesta doctrinal no ha encontrado acogida en la solución legal. Ello puede resultar explicable, pues la proclamación constitucional que del principio de publicidad lleva a cabo el art. 120.1 de la Constitución, parece que hace aconsejable tratar como excepción lo que, de acuerdo con la norma fundamental, ha de ser excepcional.

Desde el punto de vista de la posición institucional del Fiscal, pese a que el art. 35.2 hace recaer en la decisión del Juez la exclusión de la publicidad -criterio legal absolutamente acorde con el significado de la garantía jurisdiccional-, ello no debe ser obstáculo para que el Fiscal asistente a las sesiones de la audiencia refuerce su sensibilidad en relación con esta materia. No es ésta una cuestión ajena al espacio funcional del Fiscal. De hecho, la Instrucción de la Fiscalía General de Estado 2/1993, de 15 de marzo, recordaba los deberes que incumben al Fiscal para proteger la intimidad del menor. Todo ello, en fin, obliga al Fiscal, por propia iniciativa, a solicitar del Juez de Menores haga uso de la facultad que la ley le confiere y excluya la publicidad de las sesiones siempre que así venga impuesto por el superior interés del menor.

El mismo apartado 2 del art. 35 -sin alternativa- excluye la posibilidad de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación. Ello es congruente con el conjunto de textos que proclaman el derecho del menor a la intimidad. Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, aprobadas por la Asamblea General el 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la resolución 40/33, en su principio general 8, apuntan que «... para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad», añadiendo el apartado segundo que «... en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente». En similar línea se expresan el art. 16 de la Convención de Derecho del Niño de 1989 o la Recomendación R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La constatada tendencia a convertir la presencia de un menor ante los Tribunales de Justicia en un acontecimiento noticiable, que provoca la expectación colectiva y añade al impacto ocasionado por el delito el daño derivado de la injerencia, obligan al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

El legislador ha querido arbitrar un régimen específico de conformidad previa al Expediente (arts. 32 y 36), solución que exige un comentario individualizado.

#### **VIII.2. La conformidad del menor. Momento procesal**

El régimen jurídico de la conformidad se obtiene a partir de dos preceptos claves, los arts. 32 y 36, cuya aplicación combinada plantea no pocas dudas acerca del verdadero propósito del legislador. Conviene tener presente que en el proceso penal que afecta al menor, la conformidad, como manifestación del principio de consenso, es algo más que un instrumento procesal puesto al servicio de una razón de economía procesal. Como ya se ha indicado supra, la audiencia es inseparable de un sentido educativo que no puede pasar desapercibido. Pero también la evitación de la audiencia puede contribuir de modo decisivo al proceso de formación del menor. De ahí que los Sres. Fiscales habrán de aproximarse a las posibilidades que ofrece el instituto de la conformidad con un criterio valorativo que vaya más allá de lo que ese mismo principio puede representar en el ámbito del proceso penal que afecta al mayor de edad.

El modelo de la regulación de la conformidad tal y como ha sido diseñado para otros procedimientos penales conoce diversos momentos para su exteriorización, cada uno de ellos con diferentes efectos. Y a ello se acomoda una reiterada práctica plenamente consolidada. La respectiva ubicación sistemática de los arts. 32 y 36 autoriza un entendimiento con arreglo al cual la LORPM estaría pensando en dos secuencias bien diferenciadas. Un primer momento en el que la conformidad tendría como vehículo formal el escrito de alegaciones de la defensa -art. 32- y un segundo momento en el que esa conformidad se exteriorizaría al inicio de las sesiones de la audiencia, al responder el menor a las preguntas que a tal efecto ha de formularle el Juez - art. 36-. Sin embargo, la literalidad de ambos preceptos conduce a concluir que la conformidad en la que piensa el legislador sólo puede tener un momento para su afirmación: el de la comparecencia a que alude el art. 36 que,

si bien se mira, está regulando ya el inicio formal de la audiencia propiamente dicha.

La inexistencia de un trámite previo al momento de la audiencia para derivar efectos de la conformidad, puede plantear un problema práctico nada desdeñable. Y es que, no faltarán casos en que, aun constando la conformidad, el órgano judicial habrá de practicar todas y cada una de las citaciones para la audiencia, a sabiendas de que ésta, con toda probabilidad, no llegará a celebrarse.

El legislador quiere -así se desprende del tenor gramatical del art. 32- que la conformidad sólo tenga un momento y un vehículo para su exteriorización: el de la comparecencia ante el Juez de Menores a que se refiere el art. 36. Sin embargo, el legislador no ha podido prohibir que esa aceptación de los hechos y de la medida subsiguiente se formule ya en el escrito de alegaciones. De acuerdo con esta idea, la comparecencia a que alude el precepto sería, no la que define el momento de la expresión de la conformidad, sino la que determina el momento de la producción de sus efectos.

En tales casos, habiendo sido anunciada la conformidad en el escrito de alegaciones de la defensa, examinada por el Juez la concurrencia de los presupuestos que impone el art. 32 acerca de la naturaleza y límites de las medidas, nada parece oponerse a que la comparecencia a que se refiere aquel precepto se emancipe cronológicamente respecto del comienzo formal de las sesiones de la audiencia. De cerrarse esa posibilidad, el desenlace definitivo del juicio por razón de la conformidad del menor habría de quedar a expensas de un turno de señalamientos o de la práctica de numerosas diligencias de citación que no añadirían nada positivo a la siempre valorable celeridad. Se trataría, pues, de evitar dilaciones de tan perturbadores efectos cuando de lo que se trata es de enjuiciar el hecho ilícito cometido por un menor de edad. El criterio sugerido, además, no es ajeno al respaldo legal que proporcionan los arts. 791.3 y 793.3 LECr., de aplicación supletorio por mandato de la Disposición Final primera.

Sin embargo, resulta absolutamente indispensable que la garantía jurisdiccional para la aceptación de la conformidad quede salvaguardada. De ahí que esa comparecencia haya de seguir el orden estricto impuesto por el art. 36 y sirva al Juez para concluir la procedencia de la conformidad. Los Sres. Fiscales habrán de desplegar las iniciativas procesales que resulten necesarias a fin de impedir que ese control judicial devenga en pura rutina burocrática, oponiéndose a soluciones que pretendan sustituir la inmediatez del Juez por fórmulas alternativas carentes de toda cobertura legal.

Nada impide que la conformidad sea expresada por el menor en el momento en el que, ya iniciadas las sesiones de la audiencia, sea interrogado por el Juez en los términos que exige el art. 36 y el Letrado exprese su aquiescencia a esa conformidad. El hecho de que el escrito de alegaciones formulado en su día por el Letrado del menor no anticipara ninguna propuesta de conformidad, no debe ser obstáculo para su formulación en ese momento ulterior.

En definitiva, cualquiera que sea el momento de su exteriorización, los Sres. Fiscales habrán de cuidar a fin de que la conformidad ajuste su práctica a los fines que la justifican, cerciorándose de la inexistencia de obstáculos o límites a su adopción a la vista de la naturaleza de la medida solicitada en el escrito de alegaciones.

**VIII.3.** Desarrollo de la audiencia: debate preliminar La celebración de la audiencia a que alude el art. 37 se inicia con un trámite que evoca el turno de intervenciones a que se refiere el art. 793.2 LECr. Sin embargo, la lectura detenida de aquel precepto legal pone de manifiesto importantes dudas que relativizan la inicial identificación funcional. Así ocurre, por ejemplo, cuando se incluye entre los contenidos posibles de esa audiencia previa un debate promovido por el Juez de Menores acerca de «... la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieren solicitado.» el Fiscal y el Letrado del menor. Sin perjuicio de ulteriores matizaciones, no parece lógico que el debate sobre la correcta calificación jurídica y, sobre todo, sobre la idoneidad de una u otra medida se anticipe a la celebración de las pruebas propuestas. De ahí que la búsqueda de soluciones prácticas a partir de ese enunciado legal tenga que asumir la necesidad de una interpretación integrada con otros preceptos de la misma LORPM y de la propia LECr, a fin de evitar criterios que no estén respaldados por elementales exigencias de sentido común.

#### **VIII.3.A. Posibilidad de nueva propuesta probatoria**

El art. 37.1 exige del Juez que invite al Fiscal y las partes a fin de que «... manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas». El alcance de esa afirmación debe obtenerse poniéndola en relación con el apartado 2 del mismo art. 37, toda vez que al regular la práctica de la prueba propuesta, este último precepto limita las posibilidades de aportación probatoria, en esa concreta fase del procedimiento, a aquellas que «... ofrezcan las partes para su práctica en el acto». La lectura relacionada de ambos enunciados ofrece algunas dudas. En el primero de los apartados no parece existir una preocupación legislativa por el hecho de que las pruebas propuestas se puedan o no practicar en el marco de las sesiones de la audiencia ya iniciada. Así parece desprenderse del último inciso del art. 37.1 que admite *a contrario sensu* la posibilidad de que el Juez, a la vista de la novedosa y pertinente propuesta probatoria, pueda acordar la no continuación de la audiencia y la práctica de aquélla. En el segundo, como ya se ha indicado, se condiciona la validez de esa propuesta a su practicabilidad en el mismo acto de la audiencia.

Todo parece indicar que es esta segunda interpretación la que ha de prevalecer. A ello conducen una serie de argumentos. De un lado, conviene reparar en que la audiencia ya ha sido formalmente abierta, ha iniciado sus sesiones y, precisamente por ello, es en su seno donde habrá de concentrarse la práctica de la actividad probatoria propuesta por el Fiscal y las partes. Abrir la posibilidad de una nueva petición probatoria que pudiera conllevar la práctica de otras diligencias de investigación plantearía no pocos problemas interpretativos. De entrada, generaría la duda acerca de si la aceptación por el Juez de esa renovada propuesta probatoria implicaría una suerte de revocación de la conclusión del Expediente y su devolución al Fiscal para la práctica de las diligencias omitidas. Además, podría acarrear una nada deseable confusión funcional entre el papel que la ley confiere al Juez y al Fiscal.

Todo ello hace aconsejable, pues, que los Sres. Fiscales se opongan a cualquier solicitud de la defensa encaminada a la retroacción de la fase de audiencia para la práctica de nuevas diligencias de investigación. Ningún perjuicio se deriva de la admisión de este criterio para el Fiscal y las partes. El primero, en cuanto órgano instructor, habrá evitado omitir durante la investigación la práctica de las diligencias indispensables para la adecuada ponderación del hecho y de su autor. Desde el punto de vista de la defensa del menor, conviene

poner el acento en las posibilidades de aportación que pone a su alcance el art. 26 de la LORPM. El escrito de alegaciones, además, representa el vehículo ordinario para la deducción de las respectivas peticiones de prueba (cfr. arts. 30.2 y 31).

Todo parece indicar que el debate a que se refiere el art. 37.1, que tiene por objeto la práctica de nuevas pruebas, ha de entenderse referido exclusivamente a aquellas que puedan practicarse durante el desarrollo de las sesiones de la audiencia. De ahí la importancia de que el Fiscal desarrolle su cometido durante la fase de investigación y formalice el escrito de alegaciones con la diligencia necesaria para evitar que, una vez iniciadas las sesiones, pueda percatarse de la existencia de un vacío probatorio que debió haber sido colmado con anterioridad. Ello no es obstáculo, claro es, para que en aquellas ocasiones en que las circunstancias así lo aconsejen, pueda instar al inicio de la audiencia la práctica de nuevas diligencias de prueba que puedan ser llevadas a cabo en el acto mismo de las sesiones.

### **VIII.3.B. Vulneración de algún derecho fundamental**

Al igual que sucede en otros modelos de enjuiciamiento, ha querido el legislador arbitrar un momento específico para hacer valer quejas relativas a posibles vulneraciones de derechos fundamentales que se hayan podido producir a lo largo de la distintas fases que preceden a la celebración de la audiencia. La LORPM, acorde con el mandato constitucional, traza una línea divisoria muy nítida a la hora de delimitar las facultades del Fiscal durante la instrucción del Expediente. Es precisamente el círculo representado por los derechos fundamentales del menor el que sirve de referencia excluyente de toda actuación del Fiscal que pretenda invadir lo que está reservado a la garantía jurisdiccional (cfr. arts. 23.3 y 26.3). Nada de cuanto afecte a los derechos fundamentales del menor puede permanecer ajeno al Juez. De ahí que la actividad instructora con potencial eficacia lesiva para los derechos fundamentales del menor, habrá tenido que ser conocida por el propio Juez de Menores que es quien, conforme a los preceptos antes citados, es el que ha de practicar por sí las diligencias de investigación que repercutan en el ámbito de los derechos fundamentales. Como es lógico, no es descartable -de hecho, será más bien frecuente- que la alegación de ese menoscabo por la defensa esté referida a la actividad instructora llevada a cabo por el Fiscal.

Con independencia de cuál sea el acto respecto del cual se promueve el debate, lo cierto es que el legislador ha querido dar entrada a este trámite con el fin de conceder una antesala depuradora de las posibles violaciones de los derechos fundamentales del menor. Una vez desarrollado el debate contradictorio entre el Fiscal y el defensor del menor, el Juez «... acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere». Añade el mismo precepto que «... si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados». Muchas cuestiones de difícil respuesta se dan cita en ese enunciado legal. En principio, la utilización de la conjunción disyuntiva «o» que utiliza el primero de los incisos transcritos parece construir dos hipótesis alternativas -la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado-, olvidando que cabe perfectamente la posibilidad de subsanar el derecho vulnerado y acordar la continuación del Expediente. El texto legal sólo parece pensar en la posibilidad de una subsanación que imponga la previa interrupción de la audiencia. La experiencia, sin embargo, enseña que ello no es así, pues cabe la acción subsanadora y, al propio tiempo, la continuación de las sesiones de la audiencia.

Por otra parte, la terminología empleada en ese precepto no parece ser la más adecuada para expresar la finalidad que el mismo persigue. El efecto de subsanación es más propio de irregularidades procesales carentes de relevancia constitucional que de una genuina vulneración de algún derecho fundamental que, una vez acaecida, difícilmente se puede subsanar. Es el art. 11 de la LOPJ el que proclama la ausencia de eficacia de aquellas diligencias que se hayan practicado con violación de derechos fundamentales. Y es la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional acerca del alcance de la declaración de ilicitud la que determina las verdaderas consecuencias asociables a una actividad investigadora que no hubiera sido respetuosa con los derechos del menor enjuiciado.

Como ya se ha señalado *supra*, el mismo precepto apunta que, una vez acordada la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia que dicte las cuestiones planteadas por las partes. De nuevo la redacción legal conduce a algunos interrogantes. No parece que exista obstáculo para que el Juez resuelva en el momento mismo de las alegaciones preliminares -con adecuada constancia en acta- sobre las cuestiones invocadas y seguidamente decida la continuación de la audiencia. De hecho, será lo más conveniente, en la mayor parte de las ocasiones, que el debate se inicie con una resolución ya tomada respecto de ilicitudes probatorias u otras posibles quiebras del derecho a un proceso justo.

Sería deseable, en fin, que ese trámite previo que ha regulado el legislador en el art. 37.1 desplegara la función depuradora que le ha de ser propia. No es bueno para el correcto desarrollo de las sesiones de la audiencia que la solución jurisdiccional sobre vulneración de derechos fundamentales que implique una verdadera deficiencia estructural para el discurrir del procedimiento, quede aplazada al momento de la redacción de la sentencia. Cuando el art. 11 de la LOPJ proclama que no surtirán efecto las diligencias practicadas con vulneración de derechos fundamentales, está expresando una voluntad excluyente de toda significación procesal a unas diligencias que se han incorporado al proceso contraviniendo el derecho del menor a un proceso con todas las garantías. Ciertamente es que no faltarán casos en que la discusión promovida en el debate previo forme parte integrante de algunas de las cuestiones que definen el objeto mismo del proceso, haciendo muy difícil -si no imposible- una solución anticipada de aquélla. Sin embargo, en los restantes casos, la adecuada ordenación del procedimiento hará aconsejable que la actividad probatoria a desarrollar durante la audiencia no se construya sobre un acto cuya idoneidad procesal ha sido cuestionada y, precisamente por ello, puede ser luego objeto de exclusión del acervo probatorio por el Juez.

### **VIII.3.C. El debate sobre la calificación de los hechos o la medida propuesta**

La posibilidad de incorporar al debate preliminar un examen contradictorio -a iniciativa del Juez- acerca de una calificación jurídica alternativa o una medida diferente a la promovida por el Fiscal, conduce a una cierta desorientación del intérprete. De hecho, esa iniciativa judicial se compagina mal con el cometido funcional del Juez que, hasta ese momento y con las excepciones representadas por los arts. 23.3 y 26.3, ha debido permanecer ajeno a la instrucción. No será fácil al órgano jurisdiccional, con carácter previo al desarrollo de la práctica de la prueba, con anterioridad al examen del menor y sin haber oído todavía al Equipo Técnico, sugerir una calificación jurídica y/o una medida alternativa.

Los términos en que esa facultad se concede al Juez, obligan a estimar que, de hacer uso de ella, habría de limitar su alcance a la modificación de errores puramente materiales que pudieran haberse deslizado en la redacción de los respectivos escritos de alegaciones del Fiscal y de la defensa del menor.

Si, por el contrario, esa posibilidad legal se concibe como un Expediente de desvinculación del Juez respecto de las calificaciones y las medidas propuestas por las partes, será necesario aplazar la iniciativa jurisdiccional a un momento inmediatamente posterior a la práctica de toda la prueba propuesta. En tales casos, una interpretación integradora que tome como referencia la previsión de los arts. 733 y 793.6 párrafo 2 LECr., habría de tener presente las singularidades que definen el enjuiciamiento de un menor de edad. En principio, la calificación jurídica del hecho no despliega un efecto idéntico respecto del proceso penal del mayor de edad. Como es sabido, la pena señalada en el tipo no resulta aplicable al menor que, precisamente por razón de su dificultad para captar el mensaje imperativo de la norma penal, está sujeto a un régimen de medidas de naturaleza bien distinta a la predicable de la pura sanción penal (art. 7).

Tampoco puede decirse que la calificación jurídica del hecho sea irrelevante para el enjuiciamiento del menor infractor. La garantía constitucional asociada al principio de legalidad se opone a cualquier intento de relativizar la importancia y el significado del tipo para todo proceso penal, con independencia de la edad del infractor. Además, supondría desconocer la importancia del límite que, en garantía del enjuiciado, establece el art. 8 párrafo 2 que, como es sabido, prohíbe imponer en los casos que ese precepto menciona, una medida privativa de libertad cuya duración exceda de la pena privativa de libertad que hubiera podido imponerse si el autor hubiera sido mayor de edad y declarado responsable de acuerdo con el Código Penal. Además, en el texto de la LORPM abundan los preceptos en los que la calificación jurídica del hecho actúa como dato determinante del desenlace mismo del proceso (cfr. art. 19.1) o como criterio definitorio de las posibilidades de acceso al Expediente por parte del perjudicado (art. 25 párrafo 2).

Conviene, además, no perder de vista la importancia que la calificación jurídica del hecho imputado despliega para asegurar la efectividad del derecho de defensa, descartando cualquier calificación sorpresiva que, por su falta de homogeneidad con el hecho inicialmente calificado, pueda acarrear un menoscabo del contenido esencial del derecho del menor a un proceso con todas las garantías. En definitiva, la aplicación de una calificación jurídica alternativa por parte del Juez habrá de acomodarse a los criterios jurisprudenciales que han venido definiendo las facultades del órgano jurisdiccional a la hora de desvincularse de la calificación jurídica suministrada por las partes. La homogeneidad entre el tipo invocado por el Fiscal y el fundamento jurídico de la sentencia constituye una exigencia irrenunciable para descartar toda posibilidad de indefensión.

El grado de vinculación del Juez de Menores respecto de la medida sugerida por las partes conoce en la propia ley algunas previsiones que facilitan la solución de dudas prácticas. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8 párrafo 1, el Juez no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. A tal fin la enumeración contenida en el art. 7 de la LO 5/2000, enumeración que se ordena «... según la restricción de derechos que suponen...», constituye un instrumento aplicativo de primer orden a la hora de fijar los límites y el alcance de las facultades del órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo expuesto, no parece que el debate promovido por el Juez al amparo del art. 37.1, relativo a la calificación jurídica y a la medida propuesta por las partes, pueda identificarse, sin más matices, con un Expediente de desvinculación similar al contemplado por la LECr para otros procedimientos ordinarios. La necesaria homogeneidad entre el título jurídico de imputación propuesto por el Fiscal y el que sirve de fundamento a la sentencia condenatoria, representa el verdadero límite a la capacidad jurisdiccional para apartarse de la calificación sugerida por el Fiscal. Desde el punto de vista de la medida, no parece que exista dificultad alguna para que el Juez pueda imponer una medida cualitativamente distinta a la propugnada por el Fiscal, sin perjuicio de respetar el límite cuantitativo que es objeto de afirmación expresa en el art. 8 párrafo 1 de la ley.

#### **VIII.4. Práctica de la prueba e informe**

La práctica de las pruebas a desarrollar durante la audiencia se acomoda, a falta de previsión expresa, a los criterios generales que establece la LECr al regular la actividad probatoria. No es obstáculo a esta afirmación la literalidad del inciso final del apartado 2 del art. 37, cuando señala que «... por último, el Juez oír al menor, dejando la causa vista para sentencia». Ese enunciado legal no persigue una extravagante alteración del orden lógico y tradicional para la práctica de la prueba. Tampoco abandona la práctica del interrogatorio del menor a una actividad exclusivamente judicial, sin intervención del Fiscal y la defensa. Este precepto, en sintonía con recientes pronunciamientos jurisprudenciales, recuerda la importancia de que la audiencia culmine con la última palabra del menor, como manifestación concreta del principio de contradicción que informa el íntegro desarrollo de las sesiones de la audiencia.

Pese al silencio del texto legal, conviene tener presente el papel que la LO 5/2000 reserva al perjudicado que, si bien carece de la capacidad legal necesaria para el ejercicio de la acción penal, puede asistir a la audiencia e intervenir activamente en el desarrollo de la actividad probatoria, al autorizarlo de modo expreso el art. 25 párrafo 5.

El Fiscal habrá de velar de modo especial porque el orden de la actividad probatoria se acomode al superior interés del menor, instando del Juez, cuando ello resulte procedente, haga uso de la facultad que al efecto le concede el art. 701 párrafo 6 LECr. Paralelamente habrá de ponderar en todo caso la conveniencia de que el menor se halle presente o no durante la práctica de determinadas diligencias de prueba, cuyo desarrollo podría repercutir negativamente en el proceso de formación de aquél, solicitando del Juez invite al menor al abandono momentáneo de la sala, conforme autoriza el art. 37.4.

En sus informes los Fiscales expondrán una valoración de la prueba, la calificación del hecho y la procedencia de las medidas propuestas. El art. 37 no dibuja un trámite específico de ratificación o modificación del escrito de alegaciones. El carácter provisional de éste no ofrece dudas. Su formulación es fruto de una fase de investigación todavía ajena al desarrollo de la genuina actividad probatoria. Su funcionalidad, en no pocos casos, se agotará en la fase intermedia, justificando la apertura de la audiencia. El desarrollo de la actividad probatoria podrá confirmar la propuesta provisoria del Fiscal u obligará a éste a una modificación que, en todo caso, estará sujeta a los límites impuestos por la inalterabilidad del objeto del proceso. De verificarse ese cambio en la

calificación provisional del hecho y/o en la medida propuesta inicialmente, los Sres. Fiscales habrán de cuidar a fin de que exista constancia documentada de ese cambio, bien mediante su reflejo en acta, bien mediante la formulación de un escrito que habrá de incorporarse al Expediente. Así lo exigen razones impuestas por el principio de congruencia y por la necesidad de que el ejercicio de cualquier acto impugnatorio cuente con el adecuado reflejo documental de la pretensión del Fiscal.

Nada dice el art. 37 al respecto, pero los principios que informan la LORPM aconsejan que el informe del Fiscal huya de una exposición cuya monotonía convierta aquél en un recitativo puesto al servicio del más puro tecnicismo. El Fiscal habrá de esforzarse en la búsqueda de un nada fácil equilibrio entre el respaldo técnico a sus argumentos y el mensaje educativo al menor. Es indudable que el informe del Fiscal tiene al Juez de Menores como principal destinatario, mas no es éste el único que ha de extraer conclusiones de los argumentos de aquél. Aun reconociendo las dificultades para que ello constituya una regla general, sería deseable que la exposición del Fiscal permitiera al menor infractor conocer el qué y el por qué de la medida propugnada. De ahí que sin abdicar del razonamiento jurídico indispensable para avalar la pretensión ejercida, el Fiscal habrá de acomodar su exposición a un lenguaje que permita al menor captar el propósito educativo que, sin duda, se hallará latente en la justificación de la medida sugerida.

## **IX. SUSPENSION DE LA EJECUCION DEL FALLO**

La necesidad de descartar toda concepción exclusivamente retributiva en la imposición de la medida, lleva al legislador a introducir un conjunto de reglas y presupuestos a los que se asocia la posibilidad de suspensión de la ejecución del fallo. El régimen jurídico de esa suspensión viene expresamente regulado en el art. 40.

Son muchas las incertidumbres que el contenido de aquel precepto propicia. Algunas de ellas van a ser objeto de examen *infra*. La primera de ellas se refiere a la necesidad misma de esa regulación. El legislador parece haber llevado a cabo un elogiado esfuerzo de adaptación del mecanismo jurídico de suspensión condicional de la pena que regula el art. 87 del Código Penal. Sin embargo, ese intento de modular para el menor infractor una institución tan arraigada en nuestro sistema penal, no parece haberse traducido en un resultado especialmente satisfactorio. Estamos en presencia de una institución construida sobre el transcurso del tiempo y sobre la aplicación aplazada de un fallo judicial en el caso en que el menor incumpla alguna de las condiciones a las que se subordina el disfrute de esa suspensión condicional. Sucede, sin embargo, que el tiempo despliega en la vida del menor un efecto tan intenso que hace especialmente difícil hacer depender de su transcurso y de otras circunstancias concurrentes la procedencia de la ejecución o remisión definitiva del fallo. La idea de obligar a cumplir a un menor de edad una medida impuesta dos años atrás por un hecho cometido hace todavía más tiempo, no parece que se acomode fácilmente a los principios que inspiran y definen el enjuiciamiento del menor de edad.

La anunciada duda acerca de la necesidad de regulación de ese instituto se hace más visible cuando se repara en la importancia y en las posibilidades aplicativas de otro precepto -art. 14- que permite al Juez, de oficio o a instancia del Fiscal o del Letrado del menor, con informe del Equipo Técnico, dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siendo suficiente para ello que esa modificación se considere

procedente para el interés del menor y se haya expresado suficientemente a aquél el reproche merecido por su conducta. Como puede apreciarse, esta norma conduce a un efecto práctico idéntico al que permite la suspensión del fallo, a saber, privar a la medida impuesta de su eficacia inmediata, con la ventaja añadida de no abrir la puerta a una futura recuperación de la medida para el caso en que el menor incurra en una nueva infracción. Es dudoso que ese castigo aplazado -sobre todo, si el tiempo de la suspensión ha sido fijado con demasiada holgura-, pueda contribuir al desarrollo educativo del menor. Ello no significa que esa infracción añadida al historial del menor no debiera producir alguna clase de efecto. Quizás hubiera sido suficiente con que ese dato fuera ponderado para la elección de una medida en el procedimiento a seguir como consecuencia de la segunda infracción, sin necesidad de imponer legalmente la ejecución del fallo que fue objeto de aplazamiento.

En cualquier caso, no ha sido éste el criterio seguido por el legislador, que ha incorporado entre los preceptos de la LORPM la posibilidad de una suspensión de la ejecución del fallo, en los términos descritos por el art. 40. Ello exige de los Fiscales, una vez más, una exhaustiva ponderación de lo que el interés del menor pueda sugerir a la hora de proceder a la ejecución o suspensión de lo resuelto. De ahí que los Sres. Fiscales habrán de asumir la importancia de la aplicación de este mecanismo jurídico de suspensión, huyendo de toda rutina que convierta el trámite previsto en el art. 40 en un burocratizado epílogo a la fase de audiencia. Pese a todo y en línea con lo que ya ha sido expuesto anteriormente, los Sres. Fiscales habrán de extraer del art. 14 todas las posibilidades aplicativas que ese precepto sugiere, atribuyendo a la suspensión del fallo un carácter excepcional que viene aconsejado por su propia naturaleza y efectos derivados.

Ya se ha anticipado que las dudas que suscita la regulación legal son de muy variado signo. Una de ellas, por ejemplo, va referida al propio fundamento de la institución, que parece ser traicionado por el art. 40.3 cuando impone la obligada ejecución de lo resuelto para el caso en que, una vez concedida la suspensión, no se cumplan algunas de las condiciones que contemplan los tres párrafos del apartado 2 del art. 40. Así, el hecho de que durante la suspensión le haya sido aplicado al menor infractor una medida en sentencia firme, determina de modo automático la revocación de la suspensión y la inmediata ejecución del fallo. Ese peso del nuevo delito a la hora de justificar el cierre de toda posibilidad de reconsideración acerca de la procedencia de ejecutar o suspender el fallo, no deja de ser llamativo, pues se halla en franco contraste con el valor que distintos pasajes de la LORPM confieren al historial delictivo del menor. Así, por ejemplo, durante la fase de investigación, la circunstancia de que el menor haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza, obliga al Fiscal a incoar Expediente, descartando la fórmula de archivo que ofrece el art. 18 párrafo 2, pero no le impide la aplicación de una propuesta de sobreseimiento ulterior si considera «... inadecuado para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos» (art. 27.4). No sucede lo mismo en relación con la suspensión del fallo que, como se viene comentando, obliga al Juez a alzar la suspensión y a proceder a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. El problema surgirá en aquellas ocasiones en que el plazo transcurrido desde la infracción inicial convierta en absolutamente improcedente esa mecánica aplicación de lo resuelto. No faltarán casos, por otra parte, en que el diferente ritmo de tramitación de distintos Expedientes provoque un indeseado efecto aleatorio en el momento de la ponderación acerca de la conveniencia de suspender o ejecutar el fallo.

Todo ello conduce a la necesidad de que los Sres. Fiscales tomen especial interés en evitar, siempre que ello sea posible y atendiendo a cada caso concreto, que el plazo de suspensión sea excesivamente largo. El período máximo de dos años que contempla el texto legal (art. 40.1) no deja de ser un espacio de tiempo especialmente prolongado en la vida de un menor de edad. A ello habría que añadir el negativo efecto que podría producirse en aquellos casos en que, habiendo alcanzado el infractor la mayoría de edad, se procediera a la ejecución de lo resuelto y, precisamente por ello, a la aplicación de una medida cuya justificación podría ya no ser tan evidente. Se trata, en fin, de evitar, en cuanto fuera posible, la ultravigencia de un fallo que podría resultar inapropiado en el momento en el que las circunstancias obligan a su ejecución.

La libertad que el art. 40.1 concede al Juez a la hora de documentar lo resuelto en materia de suspensión -«... se acordará en la propia sentencia o por auto motivado cuando aquélla sea firme...»- no es cuestión menor. Esa diferencia aparentemente reducida a lo meramente formal trae consigo un diferente régimen impugnatorio en uno y otro caso. Parece más conveniente que la exclusiva discrepancia respecto de la concesión o denegación de la suspensión del fallo no se traduzca en un recurso de apelación contra la sentencia que aplazaría la firmeza de aquélla y obligaría a un trámite mucho más complejo que el que se asocia a la impugnación de un auto. De ahí que, pese a que es al Juez al que incumbe decidir el vehículo formal de la suspensión, puede resultar de interés que el Fiscal haga llegar a aquél, en el momento de su informe, la conveniencia acerca de que esa decisión se segregue formalmente de la sentencia que ponga término a la audiencia y se acuerde en un auto.

Entre las condiciones que el art. 40 señala para acceder a la suspensión del fallo se encuentra la necesidad de que «... el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones». Es indudable que la expresión por el menor de una voluntad encaminada a evitar nuevas infracciones, representa un presupuesto perfectamente exigible. Sin embargo, la literalidad del precepto puede no resultar la más adecuada para el logro del fin propuesto. Exigir del menor que se reintegre en la sociedad supone atribuir a la infracción cometida un efecto de exclusión respecto del grupo social y familiar en que el menor se desenvuelve. De ahí la conveniencia de que el Fiscal, en el ámbito de las facultades que le son propias, huya deliberadamente del empleo de expresiones que puedan dar pie a entender que el menor ha sido excluido del entorno social que le acoge, profundizando así en una idea de aislamiento que puede no haber calado en el menor y que, sin embargo, la terminología legal sugiere. Es, en definitiva, la inequívoca expresión del compromiso del menor de respetar los bienes jurídicos ajenos lo que debiera convertirse en el presupuesto al que asociar la concesión o rechazo de la suspensión del fallo.

No está exenta de dificultades la facultad que el art. 40.2.c) confiere al Juez a la hora de acordar «... la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa recomendada por el Equipo Técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores (...), incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo». Y es que la rigidez que late en el art. 40.3 a la hora de fijar los efectos del incumplimiento de alguna de las condiciones a que se asocia la suspensión del fallo, se convierte ahora en absoluta e ilimitada flexibilidad, llegando a autorizar al Juez a diseñar una nueva medida cuya aplicación parece bordear las exigencias impuestas por los principios de

legalidad y acusatorio.

En efecto, el precepto transcrito permite al órgano jurisdiccional la aplicación de un régimen de libertad vigilada que, conforme al art. 7.1.h) representa una verdadera medida. Lo propio puede decirse de la obligación de realizar una tarea socio-educativa que, de acuerdo con el art. 17.1.k) constituye otra de las medidas asociables al hecho injusto cometido por el menor de edad. Ello supone que con la cobertura formal de la suspensión del fallo se puede desembocar en una verdadera sustitución del fallo que se realiza sin necesidad de audiencia previa por parte del Fiscal o el defensor del menor y que sólo exige, tratándose de la realización de una actividad socio-educativa, la recomendación en tal sentido por parte del Equipo Técnico o la entidad de protección o reforma. Desde el punto de vista exclusivamente práctico, ello complica la búsqueda de la medida más adecuada para el menor, obligando al Equipo Técnico a ofrecer una alternativa en función de que la medida vaya o no a ser sustituida por el Juez.

El problema se agrava si se repara en el criterio empleado por el legislador para la fijación de un límite temporal de esa medida de régimen de libertad vigilada o de realización de actividades socio-educativas. En el primero de los casos, su duración se asocia a la que se corresponda con el plazo de suspensión. En el segundo, no parece siquiera que exista una previsión específica, pues el Juez expresará -sin límite legal aparente- la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo. Ello puede conducir a resultados notoriamente inaceptables.

Parece fuera de duda que el criterio de los Jueces de Menores llamados a la aplicación de la LO 5/2000 contribuirá a consolidar una interpretación acomodada a los principios que definen el derecho a un proceso justo, no avalando un entendimiento que permita, por la vía que ofrece la suspensión del fallo, eludir los límites que, en garantía del menor, establecen de modo expreso los dos párrafos que integran el art. 8. Carecería de sentido, por ejemplo, imponer en sentencia una medida de libertad vigilada por tiempo de tres meses y suspender el fallo para imponer esa misma medida por espacio de un año.

Los Sres. Fiscales, pues, habrán de hacer uso de las facultades impugnatorias que la ley les otorga a fin de impedir que la suspensión del fallo pueda ponerse al servicio de una tan ilimitada como incontrolada facultad decisoria. Ello no es obstáculo, claro es, para que sean los propios Fiscales los que, al amparo del art. 14, insten del Juez, en cualquier momento del procedimiento, la posibilidad de una modificación, sustitución o reducción de la medida, conforme permite el citado precepto, siempre que el superior interés del menor así lo aconseje. Lo propio puede afirmarse respecto de todos aquellos otros casos en que sea el Juez de Menores el que, de oficio, previa audiencia del Fiscal y del Equipo Técnico, acuerde una modificación, sustitución o reducción de la medida.

**X. REGIMEN DE RECURSOS** El Título VI de la LORPM contiene la regulación del régimen de recursos frente a las resoluciones que se adopten en el curso de este procedimiento (arts. 41 y 42).

**X.1. Inadmisibilidad de recurso frente a los Decretos del Ministerio Fiscal** Ha de tenerse presente, en primer lugar, que las decisiones que en el curso del procedimiento adopte el Fiscal, ya sea en la fase de Diligencias Preliminares o en el Expediente de reforma, que revestirán siempre la forma de Decretos, no son susceptibles

de recurso alguno.

En algunos supuestos el Decreto del Fiscal podrá ser atacado indirectamente por la vía de reiterar la petición ante el Juez de Menores: así sucede en los casos contemplados en el art. 25, párrafo 6º, cuando el Fiscal deniega la personación del perjudicado en fase instructora o cuando rechaza la práctica de alguna prueba interesada por el perjudicado o por la defensa del menor.

En otros supuestos el Decreto determina directamente una resolución judicial. Así ocurre v. gr. en el caso en que el Fiscal acuerde por medio de Decreto interesar el sobreseimiento del Expediente de reforma por conciliación o reparación (art. 19) o por cualquier otra causa. En estos casos el recurso será posible frente a la resolución judicial de que se trate, pero no contra el Decreto del Fiscal que la hubiere propiciado.

Finalmente, en otros casos el Decreto del Fiscal no tiene reflejo en resolución judicial alguna. Así sucede con las decisiones adoptadas por el Fiscal en fase de Diligencias Preliminares, ya sea acordando el archivo, el desistimiento de la incoación del Expediente de reforma, la remisión al Juzgado de Instrucción o a la entidad protectora, o la incoación de Expediente de reforma. Todas estas decisiones del Fiscal no son susceptibles de recurso por el menor o por el perjudicado, tal y como sucede analógicamente con las resoluciones del Fiscal recaídas en el curso de las Diligencias de Investigación penal reguladas en el art. 785 bis LECr. -aplicable supletoriamente por virtud de la Disposición Final primera- y en el art. 5 del EOMF.

En todo caso y en relación con las decisiones del Fiscal de archivar las Diligencias Preliminares o de desistir de la incoación del Expediente, justo es reconocer que la cuestión de la irrecurribilidad se presenta en términos no idénticos en la LORPM que en el resto de los procedimientos.

Tratándose de Diligencias de investigación penal, el art. 785 bis prevé que ante la decisión de archivo o de no ejercicio de acciones por el Fiscal el perjudicado pueda reiterar su denuncia ante la autoridad judicial. En este sentido, el ATC 219/1984, de 4 de abril, y el ATS de 20 de diciembre de 1990, rechazaron la posibilidad de revisar, tanto constitucionalmente como judicialmente, las decisiones del Fiscal de no ejercer acciones penales; si bien en ambos autos se hacía referencia, entre otros argumentos, a la posibilidad de ejercicio de la acción por el propio perjudicado al no ostentar el monopolio de la misma el Ministerio Fiscal. En este sentido se pronunció la Consulta 2/1995, de 19 de abril, de la Fiscalía General del Estado.

Por el contrario, si el Fiscal decide archivar las Diligencias Preliminares de la LORPM, el perjudicado no cuenta con ninguna alternativa distinta al recurso -que ahora se niega- para obtener la actuación del Juez de Menores; es decir, no puede ejercer por si mismo la acción ni reiterar su denuncia ante el Juez de Menores. El Fiscal ostenta el monopolio del ejercicio de acciones de reforma en el procedimiento de la LORPM.

Ahora bien, aun dándose tan importante diferencia, debe mantenerse la irrecurribilidad de la decisión del Fiscal en estos supuestos, en atención a los argumentos -que se dan ahora por reproducidos- manejados por las resoluciones y Consulta antes citadas, basados esencialmente en el carácter constitucional de la institución del Ministerio Público al que le corresponde determinar acerca del modo de ejercer sus funciones y, asimismo, se añade ahora, en atención a los principios que inspiran la LO 5/2000 los cuales han llevado a la negación de la

existencia de acusación particular o popular (art. 25 párrafo 1.º) en este procedimiento, lo que resulta congruente con la atribución en exclusiva al Fiscal de la decisión de iniciar o no el Expediente, que -según la configuración legal- resulta irrecurrible.

Lógicamente, la irrecurribilidad se proclama sin perjuicio de la posibilidad de exigencia de responsabilidad disciplinaria del Fiscal en casos de decisiones absolutamente contrarias a los deberes inherentes al Ministerio Público, e inclusive a la exigencia de responsabilidades civiles o penales en sus respectivos casos.

## **X.2. Recursos frente a autos y providencias del Juez de Menores**

Hemos de distinguir entre providencias, aquellos autos específicamente señalados en la ley y el resto de los autos.

### **X.2.A. Providencias**

Frente a las providencias del Juez de Menores cabe recurso de reforma, que se interpondrá ante el propio órgano en el plazo de tres días a partir de la notificación (art. 41.2), y, posteriormente, contra el auto resolutorio del recurso de reforma podrá interponerse recurso de apelación (art. 41.2 in fine). Se admite así reforma, que tiene carácter necesario, y posterior apelación contra todas las providencias del Juez de Menores.

### **X.2.B. Autos expresamente señalados en la ley como susceptibles de recurso de apelación**

Ese mismo régimen -reforma y apelación, si bien en este caso la reforma es potestativa (art. 787.3 LECr.)- es el procedente contra los autos señalados en el art. 41.3. Tales autos son los siguientes:

— autos que pongan fin al procedimiento. Entre estos ha de incluirse el auto de sobreseimiento, tanto libre como provisional por cualquiera de las causas previstas en la LECr. (art. 33 b), y el de sobreseimiento en los supuestos del art. 33 c) o por inhibición al Juzgado de Instrucción del art. 33 d).

— autos resolutorios de modificación de medidas (art. 14)

— autos dictados para acordar las medidas cautelares de internamiento, libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28)

— autos dictados en aplicación de medidas cautelares en los supuestos de exención de responsabilidad en los casos de los números 1.º, 2.º ó 3.º del art. 20 del CP.

— autos que recaigan en materia de suspensión de la ejecución del fallo (art. 40).

— autos del Juez de Menores dictados en materia de derecho transitorio contemplados en la Disposición Transitoria única, apartado 5.

A estos autos debe añadirseles aquellos otros que se mencionan en el art. 52 de la Ley. Conforme a este precepto, en materia de ejecución de medidas, tanto el menor por si mismo, ya sea de forma escrita o verbal, como el Letrado del menor, de forma escrita, podrán interponer ante el Juez de Menores o con posibilidad de

presentación ante el Director del Centro de internamiento, recurso contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de las medidas. El Juez de Menores resolverá dicho recurso mediante auto que será recurrible en apelación (art. 52.2 en relación con el art. 41.3).

Guarda silencio el art. 52 sobre la legitimación activa del Fiscal para la interposición de estos recursos en materia de ejecución de medidas. No obstante, resulta inadmisibles negar al Fiscal legitimación para recurrir en materia de ejecución pues ello iría en contra de la función atribuida al Fiscal por los principios que inspiran esta Ley. Igualmente no se entiende que si el recurso se interpusiere por el menor o su Letrado cupiera posterior apelación y si se interpusiera por el Fiscal cupiera posterior queja al no alcanzar a su recurso la previsión expresa del art. 52. Tal solución, a la que se llegaría en una interpretación literal del precepto, debe ser rechazada. Ha de entenderse que la referencia al menor y a su Letrado -y no al Fiscal- contenida en el apartado 1 del art. 52 está ceñida a la forma de presentación del recurso (verbal o escrita; ante el Juez o ante el Director del centro), lo que no impide la legitimación activa del Fiscal sino que alcanza a contrario sensu a la forma en que el Fiscal habrá de presentar sus recursos -por escrito y ante el Juez de Menores-. En el apartado 2 del art. 52 se establece el régimen de recursos contra el auto resolutorio del juez, y al admitirse la apelación se hace con independencia de que el recurrente sea el menor, su Letrado o el Fiscal.

### **X.2.C. Restantes autos del Juez de Menores**

Contra los restantes autos del Juez de Menores, por tanto aquellos no especificados en el art. 41.3 ni en el art. 52, se plantea cuál sea el régimen posible de recursos.

En el art. 41, apartados 2 y 3, solamente se indica que estos autos serán objeto de reforma y, asimismo a *contrario sensu*, que están excluidos de la apelación. No se menciona si cabe o no el recurso de queja.

A favor de la admisibilidad de este último recurso debe invocarse la Disposición Final primera de la LORPM que establece como derecho supletorio las normas reguladoras del procedimiento abreviado. Por ello, al igual que sucede en ese procedimiento, contra los autos no expresados en la ley como susceptibles de apelación se ha de admitir el recurso de queja a tenor de lo dispuesto en el art. 787.1 LECr. Tal solución -reforma y queja- resulta, además, la única vía interpretativa que permite dar cierta coherencia al régimen de recursos establecido en la LORPM, pues resultaría inexplicable que contra los autos excluidos de la apelación únicamente cupiera reforma y, sin embargo, contra las providencias pudiera interponerse en todo caso reforma y apelación.

De este régimen se excepciona, no obstante, el auto del Juez de Menores en revisión de las sanciones disciplinarias impuestas al menor que, a tenor del art. 60.7, ha de reputarse irrecurrible.

La tramitación de la reforma, apelación y queja se sujetará a las normas que disciplinan estos recursos en el procedimiento abreviado, con la única especialidad de que el órgano *ad quem* en la apelación y queja será la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia.

### **X.3. Especial consideración del auto del Juez de Menores resolviendo acerca de la personación del perjudicado**

Frente a la negativa del Fiscal de tener por personado en el Expediente al perjudicado en los supuestos del art.

25, éste podrá reiterar su petición al Juez de Menores quien habrá de resolver por auto. Dicho auto será recurrible por el perjudicado o por el Fiscal conforme al régimen del art. 41.2, pues así lo dispone el párrafo 9 del art. 25.

El auto será, conforme a la interpretación que hemos sostenido del art. 41.2, recurrible en reforma y queja, al no estar específicamente señalado entre los susceptibles de apelación.

**X.4.** Especial consideración del auto del Juez de Menores resolviendo sobre la admisibilidad de alguna diligencia de prueba interesada por el perjudicado o por el Letrado del menor

Si el Fiscal, a tenor del art. 25, denegare al perjudicado alguna prueba que le hubiera sido solicitada, éste podrá volver a solicitarla del Juez de Menores «en el escrito de alegaciones o en la fase de audiencia» (art. 25, párrafo 6). Si la prueba denegada por el Fiscal hubiere sido interesada por el Letrado del menor, éste podrá reproducir su petición «en cualquier momento, ante el Juzgado de Menores» (art. 26).

Si se interesara del Juez la prueba en el escrito de alegaciones o en un momento anterior, la resolución del juez por la que se admita la práctica de la prueba -que habrá de revestir la forma de auto dado su contenido- será recurrible en reforma y queja por el Fiscal.

Surge la cuestión de si será también recurrible por el menor o por el perjudicado la denegación por el Juez de la prueba. La respuesta en principio parece afirmativa habida cuenta de lo dispuesto en el párrafo 9 del art. 25 y en el art. 33 e) que remiten al régimen de recursos del art. 41.2 sin efectuar distinción alguna según el sentido admisorio o denegatorio de la prueba de la resolución. Sin embargo, la solución negativa se puede apoyar en la aplicación supletoria del art. 792 LECr., más acorde con el principio de economía procesal, en cuya virtud en supuestos de denegación de la prueba interesada no se interpondrá recurso sino que la prueba podrá ser nuevamente solicitada en el inicio de las sesiones de la audiencia, a tenor de los arts. 28. párrafo 8.º y 37.1 de la Ley.

Así, estimando preferible esta segunda interpretación, cuando la prueba se solicitara en el acto inicial de la audiencia, si el juez resolviera acerca de la práctica o no de la prueba sin suspender para ello la celebración de la audiencia, tal decisión sólo será recurrible mediante el correspondiente recurso que proceda frente a la sentencia de fondo.

**X.5.** Recurso de apelación contra la sentencia

La sentencia que dicte el Juez de Menores será recurrible en apelación ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, a tenor de lo dispuesto en los arts. 41.1 y 25 párrafo último de la Ley.

Esta apelación se rige por los citados preceptos y subsidiariamente por lo dispuesto en el art. 795 LECr para la apelación en el procedimiento abreviado. Como principales diferencias -además de la competencia del órgano *ad quem* - el plazo para la interposición del recurso se rebaja a 5 días frente a los 10 que se establecen para recurrir en el procedimiento abreviado, y, de otra parte, la celebración de vista, ya sea pública o a puerta cerrada, se erige en trámite esencial para la resolución del recurso.

## **X.6. Recurso de casación para la unificación de doctrina**

En el art. 42, estructurado en ocho apartados, se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, inspirado en el recurso establecido en el orden jurisdiccional social en los arts. 217 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo Texto refundido se aprobó por Real Decreto Legislativo de 7 de abril de 1995. También guarda cierta similitud con el recurso de casación en interés de ley que regulan los arts. 490 a 493 LEC de 2000.

Conviene advertir, en primer lugar, que se trata de un recurso difícilmente cohonestable con la materia de menores, que por definición es flexible y está necesitada de respuestas individualizadas.

Respecto de la aplicación del CP, habrá de jugar toda la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo al interpretar los tipos penales y sus requisitos. Todo este cuerpo jurisprudencial es plenamente aplicable a la materia de menores. De otra parte, en la vertiente relativa a la medida a aplicar a cada menor, las reglas legales existentes se caracterizan por su marcada flexibilidad, en tanto que las exigencias educativas de cada menor y las circunstancias específicas de cada caso habrán de determinar la medida que en concreto resulte adecuada. Por tanto, la elección de la medida, en cuanto operación guiada esencialmente por criterios educativos sugeridos por los técnicos, es algo que se resiste a ser revisado a través de un recurso de casación. Partiendo de que la personalidad de cada menor influirá esencialmente en la determinación de la medida será difícil encontrar dos casos sustancialmente iguales.

Hechas estas iniciales consideraciones acerca de la operatividad de este recurso, conviene advertir ante todo de las dificultades interpretativas que se derivan de la regulación efectuada en el art. 42 de la LORPM. Admitiendo, pues, que se trata de un tema abierto y sometido a matices y enfoques, procede abordar seguidamente tres cuestiones esenciales respecto de este recurso: las resoluciones recurribles, los problemas relativos a la preparación e interposición del recurso y -finalmente- la eficacia de la sentencia que dicte la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver el recurso.

Las resoluciones recurribles se recogen en los apartados 1 y 8 del art. 42. A tenor de los mismos, el recurso sólo podrá interponerse contra dos tipos de resoluciones: contra las sentencias dictadas en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia en que se hubieren impuesto medidas de las reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 9 y contra los autos de tales Tribunales que resuelvan la apelación contra las decisiones del Juez de Instrucción en relación con la aplicación a los jóvenes del régimen de la LORPM conforme al art. 4.

El art. 42.1, delimita las sentencias recurribles exigiendo que en la misma «se hubiere impuesto una de las medidas a que se refieren las reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 9», en vez de expresar que «se hubiere impuesto o solicitado», por lo que, con arreglo a la letra de la ley, en el caso de sentencias absolutorias o que impongan medida distinta de las comprendidas entre las que contemplan las reglas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del art. 9, pese a que la medida solicitada hubiere sido una de éstas, no procederá el recurso de casación.

Por otra parte, las sentencias recurribles podrán ser contradictorias entre sí con otras sentencias dictadas por la misma Sala, amén de con las dictadas por otras Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, o

con sentencias del Tribunal Supremo. A esta conclusión se llega a partir de una interpretación lógica del art. 42.2 de la LORPM, pues la ausencia de una clarificadora coma, que pudiera haberse situado inmediatamente después de la locución «entre sí» que emplea aquel precepto, no parece autorizar una consecuencia interpretativa distinta de la ya expuesta, máxime si se repara en que dicha coma sí existe en la redacción del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, idéntica por lo demás en este punto a la del art. 42.2 que ahora comentamos.

Uno de los principales problemas que suscita la tramitación del recurso se encuentra en la deficiente y confusa regulación que de los escritos de preparación e interposición se efectúa en los apartados 3 a 5 del art. 42.

Para la solución del problema ayuda poco el análisis comparativo de la regulación de este recurso en otros órdenes jurisdiccionales, habida cuenta de la disparidad de soluciones acogidas por el legislador. Así, en el recurso de casación para unificación de doctrina en materia laboral el recurso se prepara ante el órgano a quo y el escrito de interposición se presenta ante el órgano *ad quem* (arts. 219.1 y 221.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). El recurso de casación en interés de ley en la jurisdicción civil carece de fase de preparación y se interpone directamente ante el órgano *ad quem*, la Sala de lo Civil del TS, a tenor del art. 492.1 LEC 2000. En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, mientras que el recurso de casación para unificación de doctrina se interpone directamente, sin fase de preparación, ante el órgano a quo (art. 97.1 LJCA), el recurso de casación en interés de ley se interpone directamente ante el órgano *ad quem* (art. 100.3 LJCA). Por consiguiente, ante tan dispares modelos, habremos de atender en exclusiva a la redacción de los apartados 3 a 5 del art. 42 de la LORPM para determinar la tramitación que corresponde a la fase de preparación e interposición del recurso.

La literalidad del apartado 5 del art. 42, que se refiere a «... la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia ante quien se haya interpuesto el recurso...», parece despejar las dudas existentes sobre cuál sea el órgano ante el que deba ser interpuesto el recurso. El escrito de interposición se presentará ante el órgano a quo, es decir, ante la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia que hubiere dictado la sentencia o auto recurrido. Esta solución encuentra otro argumento favorable en el hecho de que resulta impensable que el legislador haya confundido la expresión «interpuesto», habiendo querido realmente decir «preparado», pues ello, además de ser difícilmente admisible -máxime cuando en el propio apartado 5 del art. 42 se alude a la remisión de la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo-, supondría que debería ir alterado el orden de los apartados 4 y 5 del citado art. 42.

Dicho lo anterior, es decir si la interposición se realiza ante el órgano a quo, no se explica la necesidad de un previo escrito de preparación del recurso, distinto del de interposición. En este sentido, aun reconociendo las dificultades que encierra la cuestión por la confusa regulación legal, debemos entender que el trámite de preparación es inexistente y que basta con un solo escrito de interposición.

A ello conducen los siguientes argumentos. De una parte, en los apartados 3 a 5 sólo se alude (art. 42.3) al plazo de 10 días para preparar el recurso, sin que para la interposición se mencione plazo alguno. Tal olvido no puede obedecer sino a la existencia de un único plazo -10 días- en tanto que existe un único trámite -el escrito de interposición-. De otro modo, surgiría la duda acerca del plazo para presentar el escrito de interposición. La

integración de dicho plazo por aplicación supletoria de otras normas no resulta fácil; así, al no existir recurso de casación para unificación de doctrina en la LECr parece que habría de acudirse por mor del art. 4 de la LEC 2000 a lo dispuesto en el recurso de casación civil para unificación de doctrina, que fija en un año el plazo para interponer el recurso, duración que a todas luces resulta incongruente con la celeridad que ha de presidir la resolución en materia de menores. Por tanto, hemos de entender que no se trata de un olvido del legislador la fijación del plazo para la interposición del recurso, sino que dicho plazo de 10 días rige para el escrito de interposición, ya que no hay fase de preparación propiamente dicha.

Así las cosas, el apartado 3 del art. 42 al referirse a que «el recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o el letrado del menor...», no está empleando el término preparar en sentido técnico, en tanto alusión a la fase procesal de preparación distinta de la de interposición, sino que emplea la expresión a modo de delimitación de las partes legitimadas activamente para presentar el escrito de interposición. Así se explica, además, el hecho de que, sin solución de continuidad, el apartado 4 del art. 42 se refiera al «escrito de interposición», sin que se contenga ninguna otra alusión o referencia a la preparación del recurso.

Por último, razones de economía procesal aconsejan la solución que se acoge de refundir en un solo escrito, dirigido a la Sala de Menores del Tribunal Superior de Justicia, la preparación y la interposición del recurso. Igualmente apoyan esta tesis motivos de orden práctico, tendentes a evitar los problemas que se derivarían del hecho de presentar un breve y escueto escrito de preparación, confiando la argumentación a un momento posterior cual sería el de la interposición, con el riesgo de que la Sala interpretara que no existen dos, sino una única fase, además, ya agotada.

Finalmente, resta por analizar el problema derivado de la eficacia de las sentencias dictadas al resolver estos recursos. Surgen serias dudas acerca de la verdadera funcionalidad de este pretendido recurso unificador.

La invocación que lleva a cabo el art. 42.7 de la Ley 5/2000 de que la sentencia que resuelva este recurso se dictará «del modo y con los efectos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal», resulta llamativamente vacía de contenido habida cuenta de que en la LECr no se contiene recurso alguno para la unificación de doctrina.

La existencia de sentencias sin efecto para el caso concreto -tal y como sucede en el recurso de casación en interés de ley en el orden civil en el que, como es sabido, el pronunciamiento judicial se limita a la fijación de criterios seguros para la unificación de la doctrina aplicable a los casos futuros-, se compadece mal con el orden jurisdiccional penal.

Por ello, los Sres. Fiscales habrán de asumir la doctrina recogida en las sentencias dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo al resolver estos recursos y hacerla valer en los asuntos de que conocieren a fin de modular conforme a la misma las medidas que hubieren sido impuestas.

Ciertamente la flexibilidad que en materia de imposición y ejecución de medidas se desprende de las amplias posibilidades que se brindan en los arts. 14 y 51 de la Ley (que permiten al Juez la sustitución de una medida por otra, la reducción de su duración o, incluso, la dejación sin efecto de la medida impuesta) habrán de ser

incidentes que active el Fiscal cuando haya méritos para ello. Y no cabe duda de que la doctrina jurisprudencial recogida en una sentencia emanada del TS al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina puede y debe ser hecha valer a través de estos mecanismos cuando resulte oportuno, siempre con la mira en el favorecimiento del interés del menor y con el único límite de que la doctrina casacional no suponga una revisión de la situación del menor que le resulte más gravosa o perjudicial que la impuesta en sentencia firme.

## **XI. LA EJECUCION DE LAS MEDIDAS**

El Título VII de la LORPM está dedicado a la ejecución de las medidas. Muchos y muy variados son los problemas interpretativos que su articulado suscita. Por otra parte, aunque en la Ley las referencias a la intervención del Fiscal durante la ejecución sean esporádicas, no se puede perder de vista que su papel en esta fase del procedimiento sigue siendo fundamental, dada la general previsión contenida en el art. 3.9 EOMF, que le encomienda «velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social», y muy especialmente a la vista de los intereses en juego que están presentes en la fase de ejecución; concretamente, el ejercicio y afectación de los derechos fundamentales de los menores, cuya protección, promoción y desarrollo especialmente atañen al Ministerio Fiscal.

### **XI.1. Principio de legalidad**

Comienza el Título con un expreso reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad en sus vertientes procesal y penitenciaria. Sin embargo, la afirmación de que «no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma» (art. 43.1) parece difícilmente conciliable con la facultad prevista en el art. 50.2 in fine, que permite al Juez de Menores, excepcionalmente y a propuesta del Fiscal, oídos el Letrado, el representante legal del menor y el Equipo Técnico, en caso de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, sustituir ésta por la medida de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento. Esta cuestión es objeto de desarrollo *infra*, al tratar del quebrantamiento de la medida.

### **XI.2. Competencias judicial y administrativa**

La ejecución material de las medidas corresponde a las entidades públicas, salvo que la LORPM expresamente prevea otra cosa, como en el caso de la amonestación, que es ejecutada directamente por el Juez de Menores (letra I del art. 7). Tampoco resulta necesario el concurso de la entidad pública para que el Juez ejecute las medidas de privación del permiso de conducir o de licencias de armas; en este caso, bastará con que el juez remita los oficios correspondientes a las autoridades administrativas competentes.

Contempla la Ley la posibilidad, nada desdeñable, de que las Comunidades y Ciudades Autónomas puedan recabar la colaboración de otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. Permite de esta manera poder contar, en el proceso de reeducación y reinserción del menor, con todas las iniciativas existentes en la sociedad civil, estimulando y favoreciendo de este modo el desarrollo, y fomentando el compromiso de los agentes sociales en la consecución de los objetivos que marca la Ley. Por tanto, tan indeseable resultaría la dejación de responsabilidades por parte de las entidades públicas, que expresamente rechaza la Ley, como el desprecio por

parte de éstas de la actividad de otras entidades que trabajan en los mismos campos de atención al menor. Los convenios y acuerdos de colaboración que menciona la Ley (con ONGs, entidades educativas o asistenciales, etc.) pueden resultar especialmente útiles para ejecutar adecuadamente medidas como la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad o la realización de tareas socio-educativas.

La Ley incurre, sin embargo, en una petición de principio a la hora de determinar cómo comienza la ejecución de la medida. Por una parte, da a entender que es la entidad pública quien debe realizar un programa de ejecución, que deberá ser aprobado por el Juez antes de hacer la liquidación de condena (arts. 44.2.c y 46.1). Por otra, la remisión desde el Juzgado a la entidad pública del testimonio de los particulares de la causa relevantes para proceder a la ejecución de la sentencia está previsto que se realice una vez practicada la liquidación de condena, y que, recibidos los mismos por la entidad pública, designe ésta un profesional responsable de la ejecución así como en su caso el centro donde se haya ejecutar la medida de internamiento (art. 46.2 y 3). ¿En qué consiste entonces lo que se denomina programa de ejecución? Parece difícil que la entidad pública pueda elaborar un programa de ejecución sin siquiera tener conocimiento de cuál va a ser la duración exacta de la medida. Sin embargo, tampoco parece oportuno practicar una liquidación de condena, sobre todo de determinadas medidas no privativas de libertad (prestaciones en beneficio de la comunidad o realización de tareas socio-educativas, por ejemplo), sin conocer las posibilidades de ejecución efectiva de la medida con que cuenta la entidad pública. También en los casos de ejecución de medidas de internamiento, el inicio de la ejecución puede estar condicionado por la efectiva disponibilidad de plazas en los centros.

Parece lógico, por tanto, que la primera actuación del Juez en sede de ejecución de aquellas medidas que haya de ejecutar la entidad pública (se excluyen, por tanto, la amonestación y la privación de permisos o licencias administrativas) sea la comunicación con la entidad pública, a efectos de que ésta dé a conocer la fecha posible de inicio de la ejecución de la medida. Una vez se tenga conocimiento de la fecha de inicio de la medida, procede la aprobación de la liquidación de condena, que practica el Secretario y de la cual, aunque la Ley no lo mencione expresamente, deberá dar traslado al Fiscal (el art. 46.2 sólo alude a la notificación al Fiscal del inicio de la ejecución). Asimismo, como expresamente recoge el art. 26.5, en la liquidación de condena habrá de ser tenido en cuenta tanto el tiempo de duración de las medidas cautelares adoptadas en esa causa como en su caso el de las medidas cautelares impuestas en causas distintas, siempre que no se trate de hechos cometidos con posterioridad a la adopción de dichas medidas cautelares.

En el caso de ejecución de medidas de internamiento, la determinación del centro donde haya de cumplir el menor es competencia de la entidad pública, que estará condicionada tanto por la disponibilidad efectiva de plazas en la fecha que se haya señalado para el inicio de la medida como por la necesaria proximidad al domicilio del menor (art. 46.3), ya que la propia Ley reconoce el derecho del menor a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo con su régimen de internamiento (art. 56.2.e). Asimismo el traslado de centro es competencia de la autoridad administrativa pero, contrariamente a lo que sucede con los adultos que están cumpliendo penas de prisión, requerirá la aprobación del Juez de Menores competente, que será el titular del órgano sentenciador (art. 46.3).

La LORPM prevé que el Juez de Menores controle la ejecución resolviendo mediante auto motivado todas las

incidencias que se puedan plantear durante la ejecución (art. 44.1). En tal sentido, la enumeración del art. 44.2 no es un catálogo cerrado de funciones, sino una enumeración ejemplificativa, como claramente se deduce de los términos amplísimos en que está redactado su apartado a), que encomienda al Juez de Menores «adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas».

### **XI.3. Intervención del Fiscal en la ejecución**

El papel del Fiscal en los incidentes que se puedan plantear en ejecución se concreta básicamente en dos aspectos. Por una parte, está legitimado para plantear todo tipo de incidentes (art. 44.2); por otra, debe despachar en los mismos el trámite de audiencia (art. 44.1). Su posición de garante de los derechos fundamentales, y de supervisor de la correcta ejecución de las resoluciones judiciales, habrá de llevar al Fiscal a extremar su celo a la hora de plantear o dictaminar los incidentes de ejecución, que en ningún caso podrán limitarse a formulismos rutinarios; deberá, por el contrario, valorar en cada caso el interés del menor como criterio supremo de actuación, y los restantes derechos e intereses en juego. La misma exigencia de motivación predicable de los autos del Juez de Menores es extrapolable en estos casos a los dictámenes del Ministerio Fiscal.

Para poder instar algunos de estos incidentes, es preciso un seguimiento activo por parte del Fiscal de la ejecución de las medidas impuestas. Por tal motivo, parece oportuno que, al margen de la ejecutoria que se lleve en el Juzgado y del expediente de ejecución que para cada menor haya abierto la entidad pública (art. 48.1), en las Fiscalías de Menores existan también expedientes o ficheros individuales de ejecución, en los cuales se vayan recopilando las sentencias firmes, los autos dictados en ejecución y los informes que en su caso emitan las entidades públicas (art. 49), una de cuyas finalidades puede ser precisamente solicitar del Ministerio Fiscal la revisión judicial de las medidas. La posibilidad de que se lleve en las Fiscalías este tipo de ficheros está expresamente prevista en el art. 48.3, lógicamente con plena observancia de lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal. El seguimiento periódico de los expedientes de ejecución que se lleven en cada Fiscalía, unido al cumplimiento de la función que el Fiscal tiene encomendada de visitar regularmente los centros de internamiento -téngase presente que el art. 56 reconoce el derecho de los menores a comunicarse reservadamente con el Ministerio Fiscal, y a formularle peticiones y quejas-, facilitará enormemente el recto ejercicio de las facultades reconocidas al Fiscal en fase de ejecución, y muy particularmente le permitirá plantear oportunamente las propuestas de revisión de las medidas (arts. 14.1, 44.2.b, 50 y 51) o solicitar de la entidad pública la adopción de medidas protectoras si así lo exigiese el interés del menor.

### **XI.4. Ejecución de varias medidas**

Particular atención presta la Ley al supuesto de cumplimiento de varias medidas impuestas a un mismo menor. En el caso de que se trate de medidas impuestas en una misma sentencia, el supuesto no reviste especial complejidad; corresponde al órgano sentenciador ordenar y controlar la ejecución de todas las medidas impuestas. Se plantea, no obstante, la cuestión del orden de cumplimiento de las medidas, a la que da repuesta la LORPM en su art. 47. Siempre que sea posible, las medidas se cumplirán de manera simultánea (por ejemplo,

permanencia de fin de semana y realización de tareas socio-educativas, o libertad vigilada y privación del permiso de conducir). En caso de que no sea posible el cumplimiento simultáneo, el citado precepto establece una serie de reglas generales, fácilmente excepcionables por el Juez cuando éste considere que el interés del menor aconseja seguir un orden distinto en el cumplimiento (art. 47.3). También es posible que el Juez sustituya todas o algunas de las medidas, y en cualquier caso el plazo total de cumplimiento de las medidas no podrá superar el doble de tiempo de la más grave (art. 13).

Mayor complejidad presenta el supuesto en que el menor haya sido condenado en procedimientos distintos. Por este motivo, resulta aconsejable hacer una interpretación amplia de las reglas de conexidad delictiva del art. 17 LECr. -sobre todo, la prevista en su número 4- que permita el «enjuiciamiento de todos (los hechos) en unidad de expediente» como propugna la LORPM (art. 20.3). Ello no obstante, en ocasiones resultará inevitable el enjuiciamiento por separado de diversos hechos atribuidos a un mismo menor (ya sea por razón de la intervención en ellos de distintos copartícipes, ya sea por la distancia temporal entre los hechos). En tales casos, se plantea el problema de tener que coordinar la ejecución de sentencias distintas. El art. 47.1 encomienda esta tarea al Juez que hubiere dictado la última sentencia firme, y añade que éste deberá ordenar, si fuese posible, el cumplimiento simultáneo de todas las medidas. Lo más frecuente será que cada Juez que ha impuesto una medida ordene su cumplimiento inmediato sin esperar a conocer el resultado de otros procedimientos en curso seguidos contra el mismo menor; lo contrario, en caso de infractores habituales, podría llevar a un aplazamiento *sine die* del inicio de cumplimiento de las medidas. En caso de recaer nueva sentencia condenatoria, el Juez que la haya dictado ordenará a la entidad pública la ejecución de la nueva medida impuesta, y será ésta la que ponga en conocimiento del Juez que ha dictado la última sentencia firme la existencia de otras medidas ejecutándose o pendientes de ejecución, para que el Juez de Menores dé las órdenes oportunas sobre el cumplimiento simultáneo o sucesivo de todas las medidas impuestas, con arreglo a las reglas previstas en el art. 47.2.

En particular, siempre que sea posible la ejecución simultánea de las medidas, la entidad pública deberá ejecutarlas al mismo tiempo. En caso contrario, y salvo disposición expresa del Juez en otro sentido, ejecutará las medidas de internamiento antes que las no privativas de libertad; si la medida de internamiento hubiese sido impuesta una vez ya iniciada la ejecución de otra medida de diversa naturaleza, se interrumpirá la ejecución de esta última (regla 1.<sup>a</sup>); la ejecución de la medida de internamiento terapéutico precederá a cualquier otra que se hubiere impuesto (regla 2.<sup>a</sup>); en cualquier otro caso en que resulte imposible su ejecución simultánea, las medidas se ejecutarán según el orden cronológico de firmeza de las sentencias (regla 4.<sup>a</sup>).

#### **XI.5. Concurrencia de medidas y penas**

Cuando un mayor de 18 años que esté cumpliendo alguna de las medidas previstas en la Ley resulte condenado por la comisión de un nuevo delito conforme al CP y no sea posible el cumplimiento simultáneo de la medida y la pena impuestas (paradigmáticamente, el joven esté cumpliendo una medida de internamiento y sea condenado a pena de prisión), se cumplirá primero la medida y a continuación la pena, salvo que se trate de condena por delito grave y el órgano sentenciador ordene el cumplimiento inmediato de la pena de prisión (regla 5.<sup>a</sup>).

Al margen de la anterior posibilidad, en cualquier caso de condena por delito, ya sea éste grave o menos grave, el Fiscal habrá de valorar si el interés del menor realmente aconseja esperar a que finalice la medida para cumplir a continuación la pena privativa de libertad, o si es preferible instar del Juez de Menores que deje sin efecto la medida que le fue en su día impuesta, para no demorar innecesariamente el cumplimiento de la pena de prisión.

De manera similar, cuando quien esté cumpliendo una medida alcance la mayoría de edad, habrá que valorar si se han logrado ya los objetivos propuestos en la sentencia, en cuyo caso lo procedente será instar que se deje sin efecto la medida, o que se reduzca el tiempo preciso hasta completar el período de cumplimiento que se estime necesario para alcanzar dichos objetivos (art. 15). En cualquier caso, cumplidos los veintitrés años por quien esté sometido a una medida de internamiento, procederá o bien dejarla sin efecto o bien seguir su cumplimiento en un centro penitenciario.

#### **XI.6. Modificación de la medida**

La ejecución de las medidas previstas en la LORPM está presidida por lo que se puede denominar principio de flexibilidad en la aplicación de la medida. Así, el art. 14.1 contempla tres posibilidades de modificación de la medida impuesta en la sentencia, en función de las vicisitudes del proceso de ejecución y atendiendo siempre al interés prioritario del menor.

La primera de ellas consiste en dejar sin efecto la medida, lo cual deberá acordarse tanto cuando se constate el cumplimiento de los objetivos que con ella se pretendían lograr, como la absoluta ineficacia de la medida impuesta para lograr dichos objetivos. Un supuesto concreto, que contempla expresamente la Ley, aunque no el único, como presupuesto para dejar sin efecto la medida es que se haya producido la conciliación del menor con la víctima (art. 51.2).

La reducción de la medida impuesta tendrá lugar cuando exista un pronóstico favorable de evolución que permita suponer que las metas educativas propuestas podrán alcanzarse en un plazo inferior al inicialmente previsto.

Por último, la sustitución de la medida podrá llevarse a cabo cuando se compruebe que otra medida distinta de la inicialmente impuesta puede ser más eficaz para alcanzar los fines de reeducación y de reinserción que se pretendían con la imposición de la primera medida. Esta facultad de sustituir la medida debe tener en cuenta el tiempo ya cumplido de la anterior medida, de tal manera que no puede exceder del tiempo que reste para su total cumplimiento (art. 51.1) ni puede suponer, so peligro de vulnerar el principio de legalidad en la ejecución, una mayor restricción de derechos. A estos efectos, para discernir qué medidas se pueden imponer en sustitución de otras, resulta sumamente orientativo el orden en que el art. 7 enumera las medidas, «ordenadas según la restricción de derechos que suponen». Así, por ejemplo, el internamiento en centro cerrado puede sustituirse por el internamiento en centro semiabierto o abierto, el internamiento terapéutico por el sometimiento a tratamiento ambulatorio, cualquier género de internamiento por la asistencia a un centro de día o la permanencia de fin de semana, y en general cualquier medida privativa de libertad por otra no privativa de libertad, como la libertad vigilada, la convivencia con otra familia, las prestaciones en beneficio de la comunidad o la realización de tareas socio-educativas. Asimismo, una libertad vigilada puede ser sustituida por prestaciones en beneficio de la

comunidad o tareas socio-educativas.

#### **XI.7. Quebrantamiento de la medida**

Supuestos particulares de sustitución de medidas durante la ejecución son los que la LORPM prevé para el caso de quebrantamiento (art. 50).

A las dificultades interpretativas que plantea la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra de internamiento ya se aludió *supra*, y lo mismo cabe decir de la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra más restrictiva de derechos (de acuerdo con el orden fijado en el art. 7) aunque sea de la misma naturaleza.

Efectivamente, la facultad del art. 50.2, entendida en los términos en que está redactada la Ley, supone admitir la posibilidad de que se le imponga al menor una medida más grave que aquélla a la que fue condenado en la sentencia, lo que podría resultar poco acorde con el entendimiento más clásico del principio de legalidad.

Una posible solución sería la de entender que la medida de internamiento en centro abierto sólo se podría imponer en una nueva sentencia, dictada en el procedimiento a que daría lugar el quebrantamiento de la medida, de acuerdo con lo previsto en el art. 50.3. Esta solución no es satisfactoria, por varios motivos.

En primer lugar, es posible que el quebrantamiento tenga lugar cuando el menor ya haya alcanzado la mayoría de edad (párrafo primero del art. 15), en cuyo caso no sería procedente incoar el expediente; obviamente, en este caso, aunque la Ley diga que «el Juez de Menores remitirá testimonio del quebrantamiento de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal», el Juez de Menores deberá remitir el citado testimonio al Juzgado de Instrucción competente; en caso de que lo remita al Ministerio Fiscal, deberá éste enviarlo al Juez de Instrucción.

En segundo lugar, ante la indefinición de la Ley, cabe preguntarse qué delito constituiría el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad. Resulta evidente que el delito no podrá ser otro que el previsto en el tipo subsidiario que contempla el inciso final del art. 468 CP, castigado con la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Teniendo presente que la duración de la medida de internamiento no puede exceder del tiempo que duraría la pena que se le podría imponer al responsable mayor de edad (art. 8), y operando con la regla establecida en el art. 53.1 CP para calcular el tiempo de privación de libertad que conllevaría el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, resulta que la medida de internamiento que se impusiese a un menor por la comisión de un delito de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad no podría exceder de trescientos sesenta días de duración, lo cual debería constituir una importante matización de la expresión «por el tiempo que reste para su cumplimiento». Por otra parte, imponer una medida de internamiento de tan larga duración -la duración máxima de las medidas no puede exceder ordinariamente de dos años (regla 3.<sup>a</sup> del art. 9)- por un delito que en el CP castiga tan sólo con pena pecuniaria supondría, sin duda, una vulneración del principio de proporcionalidad que debe presidir toda actividad de determinación y fijación de la pena o medida correspondiente al delito cometido.

Otra posibilidad de salvar el escollo interpretativo sería la de entender que, análogamente a lo dispuesto en el art. 100.2 CP, de aplicación supletoria en todo lo no previsto expresamente en la Ley (Disposición Final primera), la medida quebrantada podría ser sustituida por la de internamiento «si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad». Surge aquí el problema de que a priori la medida de internamiento en centro semiabierto está prevista o, mejor dicho, no está excluida, salvo que se trate de faltas, para ninguna de las infracciones que pueden dar lugar a la incoación del expediente. En el CP, por el contrario, la medida de internamiento sólo está prevista para determinados supuestos de exención de responsabilidad, o de apreciación de eximentes incompletas siempre que se haya impuesto una pena privativa de libertad. Dado que en este último caso el CP sólo prevé la sustitución por el internamiento de penas privativas de libertad, y no de sanciones de otra naturaleza, se podría alcanzar la conclusión de que sólo pueden ser sustituidas por la medida de internamiento en centro semiabierto las medidas aplicables en caso de haberse apreciado la concurrencia de algunas de las causas de exención previstas en los números 1.º, 2.º ó 3.º del art. 20 CP. Sin embargo, en tal caso, las únicas medidas que se pueden imponer son las de internamiento en centro terapéutico o tratamiento ambulatorio (regla 7.ª del art. 9), por lo que esta vía interpretativa aportaría como única solución la posibilidad de sustituir por el internamiento en centro semiabierto el quebrantamiento de la medida de tratamiento ambulatorio, posibilidad que sólo tendría sentido si el centro semiabierto fuese a la vez centro terapéutico. Esta vía interpretativa se revela por tanto igualmente insatisfactoria.

Puede resultar útil, para encontrar una solución que permita al mismo tiempo aplicar la norma contenida en el art. 50.2 y mantener íntegro el respeto al principio de legalidad, tener en cuenta que en la redacción inicial del Proyecto tan sólo se permitía la sustitución de la medida quebrantada por otra de la misma naturaleza, y que fue durante la tramitación parlamentaria cuando por aprobación de una enmienda se le dio la redacción actual al precepto, tomando como justificación los abundantes y reiterados incumplimientos que se producen de la medida de libertad vigilada. Es ésta una realidad que ya en la Instrucción 1/1993 de la Fiscalía General del Estado había sido advertida, concluyendo entonces que «si se comprueba que una libertad vigilada está resultando absolutamente ineficaz y no existe posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad habrá que instar su cancelación».

Sin embargo, el marco legal permite otra solución cuando, de acuerdo con las propuestas del Equipo Técnico, se considere que lo más adecuado para el menor es la imposición de una medida de libertad vigilada u otra no privativa de libertad, y en caso de que el menor incumpla ésta, la medida de internamiento. La solución que se propugna es que, en tales casos y siempre que ello resulte justificado por la comisión de una pluralidad de hechos delictivos, el Fiscal solicite en su escrito de acusación la imposición tanto de la medida no privativa de libertad de que se trate (por lo general, la de libertad vigilada) como de la medida de internamiento por el tiempo que estime procedente, con la particularidad de que la medida no privativa de libertad habría de ejecutarse antes que la de internamiento, como excepción a la regla 1.ª del art. 47.2, que el Juez de Menores podría alterar fundamentando su decisión en el interés del menor. De esta manera, si la sentencia recogiese la solicitud del Fiscal, la medida no privativa de libertad se ejecutaría en primer lugar y si el menor la cumpliera correctamente, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin efecto la medida de internamiento, conforme a lo previsto en los arts. 14.1 y 51.1; en caso contrario, si se quebrantase la medida, el Fiscal debería solicitar que se dejase sin

efecto la medida quebrantada y que se procediese a ejecutar la medida de internamiento. Un efecto similar se podría conseguir, pero sólo en el caso de que la medida propuesta fuese la de libertad vigilada o la de realización de tareas socio-educativas, por aplicación de lo previsto en el art. 40 acerca de la suspensión de la ejecución del fallo, ya que se puede condicionar la no ejecución efectiva de una medida de internamiento en centro semiabierto al cumplimiento, durante un plazo de hasta dos años, al cumplimiento de dichas medidas. Sin embargo, en este caso, tanto la aplicación de un régimen de libertad vigilada como la obligación de realizar una actividad socio-educativa debe haber sido recomendada por el Equipo Técnico o la entidad pública en el precedente trámite de audiencia. En cuanto al quebrantamiento de la permanencia domiciliaria de fin de semana, la LORPM prevé su sustitución por una medida sui generis, que es el cumplimiento ininterrumpido del tiempo que reste en régimen de arresto domiciliario, medida de discutible contenido educativo y cuya duración habrá de ser computada aplicando analógicamente la regla del art. 37.1 del CP de acuerdo con la cual cada fin de semana se convertirá en dos días de arresto domiciliario.

#### **XI.8. Archivo de la ejecutoria**

En cuanto la entidad pública considere que han sido ejecutadas en su totalidad las medidas impuestas, lo deberá poner en conocimiento tanto del Juez de Menores como del Ministerio Fiscal (art. 53.1). El Juez deberá valorar la información remitida por la entidad pública y en caso de estimarlo procedente acordar el archivo de la causa, mediante auto. De este auto se dará traslado al Fiscal para serle notificado. Lógicamente el Fiscal deberá comprobar que la ejecutoria está completa y que consta, aparte de los informes justificativos del cumplimiento de las medidas impuestas, la remisión de la sentencia firme al Registro especial previsto en la Disposición Adicional tercera de la Ley.

#### **XI.9. Ejecución de las medidas privativas de libertad**

Gran parte de las normas del Título VII de la LORPM (concretamente el Capítulo III, que comprende los arts. 54 a 60 y lleva por rúbrica «Reglas especiales para la ejecución de las medidas privativas de libertad») integran lo que podríamos denominar el Derecho Penitenciario de Menores, pudiéndose afirmar la existencia de un estrecho paralelismo entre estas normas y las correspondientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria. A diferencia de ésta, sin embargo, que se encuentra hoy en día desarrollada por el Reglamento Penitenciario, y a pesar de que la LO 5/2000 haga expresas referencias a un desarrollo reglamentario ulterior (arts. 43.2, 55.3, 56.2.e, h y n, 59.1 y 2, 60.1), no debe desdeñarse la posibilidad de que la Ley entre en vigor sin que tal desarrollo reglamentario haya tenido lugar, lo cual generaría no pocos problemas. Para solucionar estos problemas, derivados de la existencia de lagunas normativas, la Ley deberá ser integrada por los principios generales aplicables, algunos de ellos de rango constitucional, como la finalidad resocializadora de las medidas (art. 25.2 Constitución y art. 55 de la LORPM), los principios inspiradores de la Ley, como el del superior interés del menor, el catálogo de los derechos y deberes de los menores internos recogido en los arts. 56 y 57 LORPM, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General), los preceptos reglamentarios autonómicos de desarrollo de las leyes anteriores y que no hayan de considerarse derogados, y, en general, se deberá hacer uso -como ya se venía haciendo en la aplicación de la LO 4/1992- de la analogía *in bonam partem*, acudiendo a la legislación penitenciaria para

fundamentar aquellas actuaciones que se reputen beneficiosas para el menor. Por el contrario, la ausencia de una norma que, de manera similar a lo previsto en la Disposición Final primera sobre aplicación supletoria respecto del CP y la LECr., prevea la aplicación supletoria de la legislación penitenciaria impide operar cualquier restricción de derechos que no esté expresamente contemplada y determinada en la LO 5/2000.

Así, concretamente, en materia de permisos, la falta de desarrollo normativo no podrá interpretarse en ningún caso como imposibilidad de concesión de los mismos. Como criterio hermenéutico para determinar en qué casos han de concederse los permisos y el régimen de disfrute de los mismos, deberá acudir, por tratarse de una aplicación analógica favorable al menor, a la normativa penitenciaria. Del mismo modo deberá actuarse para facilitar al menor el ejercicio de sus derechos de comunicación y visitas.

No podrán aplicarse analógicamente, sin embargo, las normas de la legislación penitenciaria relativas a una mayor restricción o limitación de derechos que la que de suyo comporta la privación de libertad asociada a la ejecución de la medida. Las autoridades responsables de la ejecución carecerán, por tanto, de facultades para intervenir las comunicaciones telefónicas de los internos o detener su correspondencia. Tampoco estas materias pueden ser objeto de regulación en ulteriores reglamentos, ya que la afección de derechos fundamentales implica reserva de Ley Orgánica (art. 81 de la Constitución). En consecuencia, la limitación de tales derechos no podrá fundarse en la relación de supremacía especial que genera el cumplimiento de la medida, como prevé el art. 51.5 Ley Orgánica General Penitenciaria, sino tan sólo en los supuestos que contempla la legislación procesal penal, como medio de investigación de un delito y previa la oportuna autorización judicial. Únicamente se podrán practicar, pese a suponer una injerencia en el derecho a la intimidad de los menores, los registros de las habitaciones de los menores internados y los cacheos previstos en el art. 59.1. Por su parte, el empleo de medios coercitivos sólo será admisible para el logro de las finalidades expresadas en el art. 59.2.

La falta de desarrollo reglamentario impedirá asimismo la imposición de las sanciones previstas en el art. 60, ya que en tanto no se tipifiquen las correspondientes infracciones la imposición de una sanción vulneraría el principio de legalidad en materia sancionadora. Como ya aclaró en su día la STC 2/1987, de 21 de enero, la remisión expresa que hace la ley a una ulterior tipificación de las sanciones por vía reglamentaria es acorde con las exigencias del principio de legalidad.

## **XII. RESPONSABILIDAD CIVIL**

La satisfacción de las consecuencias civiles del acto infractor, o, al menos, el reconocimiento del daño y la disculpa ante los perjudicados, son considerados por la Ley factores positivos, no sólo cara a la efectiva protección de las víctimas, sino también para la educación del menor.

La LORPM presta especial atención a la reparación de los daños y perjuicios causados por la infracción penal cometida por el menor. El Título VIII contiene la regulación de la responsabilidad civil. Se ha establecido un procedimiento singular para el resarcimiento de daños y perjuicios, que presenta notables diferencias frente al sistema tradicional de ejercicio de la acción civil derivada de infracción penal, lo que suscita no pocas dificultades interpretativas.

El nuevo sistema instaurado por la Ley, arts. 61 a 64, crea un singular procedimiento civil a tramitar en pieza separada ante el Juez de Menores que corre paralelo y con una pretendida independencia de la suerte del procedimiento penal y que, de otra parte, al no producir efectos de cosa juzgada material no impedirá el ulterior proceso civil ordinario ante el Juez de Primera Instancia que eventualmente pueden instar los perjudicados para la reclamación de la responsabilidad civil. La coexistencia de tales procedimientos, por un lado Expediente penal y pieza separada civil ante el Juez de Menores y, por otro, los dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas.

### **XII.1. Ámbito de la pieza de responsabilidad civil**

En este procedimiento civil, que el Juez de Menores abrirá en cuanto el Fiscal le notifique el parte de incoación del Expediente de menores (art. 16.4) o la resolución de desistimiento de incoación (art. 18), se dilucidará la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la LO 5/2000. No tienen cabida en este procedimiento las acciones para la reclamación de responsabilidad civil aquiliana o extracontractual.

El contenido de la responsabilidad civil se regirá por las reglas generales establecidas en los arts. 109 a 115 del CP, completadas con la previsión del art. 61.3 respecto de la responsabilidad solidaria entre los menores de 18 años y sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden.

A tenor de lo dispuesto en el art. 61.2 se tramitará una pieza de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados. Ello debe entenderse con independencia tanto del número de perjudicados como de partícipes en tal infracción penal. En consecuencia, en el proceso civil podrán existir varias partes activas -cuando varios hayan sido los perjudicados por tal hecho- y varias partes demandadas -cuando exista un solo sujeto activo demandado junto con sus representantes legales o incluso cuando sean varios los autores del hecho delictivo-.

Ante la posible existencia de un Expediente principal seguido por la comisión de varios hechos delictivos conexos se suscita la cuestión acerca de si se incoan tantas piezas de responsabilidad civil como hechos o si se ha de incoar una sola pieza de responsabilidad civil. En favor de la primera solución parece pronunciarse el tenor literal del número 2 del art. 61 que se refiere a una pieza de responsabilidad civil «por cada uno de los hechos imputados». No obstante, esta solución no puede ser acogida. Es posible efectuar una interpretación del art. 61.2 que supere la mera literalidad. Cuando se trate de hechos delictivos conexos varios argumentos militan en favor de la apertura de una única pieza civil comprensiva de la responsabilidad civil de todos los hechos delictivos.

En primer lugar, la conexidad penal determinante de un único Expediente penal justifica asimismo la existencia de un único procedimiento civil. Basta pensar que muchas vicisitudes procesales del Expediente principal afectarían por igual a los eventuales distintos procedimientos civiles que se abrieran. En la mayoría de las ocasiones se estará ante un supuesto de acumulación de acciones de los arts. 71 y ss. LEC de 2000, máxime cuando sea el Fiscal quien ejercite la acción civil contra los mismos demandados por los diferentes hechos. Además, a la solución de único procedimiento se habría de llegar, en todo caso, en virtud de la institución de la acumulación de autos, en aplicación de lo dispuesto en el art. 76.2.º LEC de 2000 (en la LEC derogada

resultarían aplicables los art. 161.5.<sup>a</sup> en relación con el art. 162 en alguno de sus apartados según los casos concretos que se contemplen, pero especialmente los apartados 4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup>).

En segundo lugar, razones de economía procesal imponen la solución que se propugna. Resultaría absurdo tramitar procedimientos separados y celebrar diferentes vistas orales civiles en las que las pruebas a practicar serían prácticamente coincidentes, lo que conllevaría inexplicables reiteraciones y consiguientes retardos.

En consecuencia, se habrá de abrir un único procedimiento civil cuando se trate de un único hecho o de varios conexos, ya existiera un único autor o varios. Todo ello, sin perjuicio de que la apertura de piezas separadas civiles independientes se estime posible cuando con ello y en atención a las circunstancias del caso concreto se facilite la ordenación del procedimiento.

Es de señalar por otra parte, que el procedimiento de responsabilidad civil ante el Juez de Menores no se seguirá cuando los hechos hubieren sido cometidos por menores de 14 años. En tales casos, regulados en el art. 3 de la Ley, los perjudicados habrán de ejercitar la acción civil contra tales menores y sus representantes ante la jurisdicción civil. No obstante, cuando la acción tienda a exigir la responsabilidad de la Administración con fundamento en la responsabilidad patrimonial de las entidades públicas competentes en materia de protección de menores derivada de los actos de los menores a su cargo, el conocimiento de tales pretensiones compete a la jurisdicción contencioso-administrativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en el art. 2, apartado e), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

De otra parte, si el hecho se hubiere cometido por un joven, mayor de 18 y menor de 21 años, sólo se podrá seguir el procedimiento civil ante el Juez de Menores cuando, a tenor del art. 4, se acordare la aplicación de esta Ley. No obstante, es particularmente importante señalar que, conforme al art. 61.3, no se dará la responsabilidad solidaria de los padres, tutores, y demás personas mencionadas en el precepto, sino que se aplicarán las disposiciones generales del CP y LECr (en concreto, arts. 120 y concordantes del CP). La razón es bien sencilla: el contenido de la responsabilidad civil y la determinación de las personas responsables no varían por el hecho de que se aplique la jurisdicción penal ordinaria o la de menores a los jóvenes que cometieran alguna infracción penal.

## **XII.2. Intervención y legitimación del Ministerio Fiscal**

En la jurisdicción penal, a tenor de los arts. 108 y concordantes LECr, el Fiscal ejercita la acción civil derivada de delito, salvo renuncia o reserva del perjudicado, en el propio proceso penal conjuntamente con la acción penal y con independencia de que el perjudicado la ejercite por sí -como acusador particular o como actor civil- o no haga uso de tal facultad.

El sistema instaurado por la LORPM difiere notablemente de la regla general expuesta. En el art. 61.1 se confiere al Ministerio Fiscal una legitimación activa cuya naturaleza es subsidiaria por hallarse supeditada a la decisión del propio perjudicado acerca de la renuncia, reserva e incluso ejercicio por sí mismo de la acción civil.

El Fiscal no intervendrá en la pieza separada de responsabilidad civil, ni consiguientemente en la fase de ejecución de la sentencia, en los supuestos en que se produzca el ejercicio, la reserva o la renuncia por el perjudicado.

Hemos de examinar seguidamente en qué supuestos y bajo qué condiciones está prevista la intervención del Fiscal en el procedimiento civil ante el Juez de Menores.

### **XI.2.A. Supuestos en los que el Fiscal no interviene, ejercitando la acción civil, en la pieza separada de responsabilidad civil**

#### **a) Renuncia de la acción civil por el perjudicado**

La renuncia no presenta ninguna especialidad, rigiéndose por las reglas generales. Consecuentemente, podrá ser manifestada por el perjudicado en cualquier momento, antes del inicio o durante la tramitación del procedimiento.

Si la renuncia del perjudicado se produjera una vez ejercitada la acción civil por el Fiscal en el proceso ante el Juez de Menores, tal acto determinaría la extinción de dicha acción y la conclusión de la pieza separada de responsabilidad civil a petición del Ministerio Público (art. 20.1 LEC de 2000).

La renuncia impedirá también el ulterior seguimiento de proceso civil ante la jurisdicción civil.

#### **b) Reserva de la acción civil por el perjudicado para ejercitarla por el procedimiento ordinario civil que corresponda ante la jurisdicción civil**

La manifestación de voluntad del perjudicado expresando la reserva de la acción, cuando recayere dentro del plazo conferido al perjudicado en el art. 61 determinará *ab initio* la falta de legitimación activa del Fiscal.

Ahora bien, hemos de plantear la eficacia de la reserva manifestada una vez transcurrido dicho plazo y, por ende, pudiendo haber formulado demanda el Fiscal en el proceso civil ante el Juez de Menores o incluso en algún momento posterior del procedimiento. En tales casos, el Fiscal deberá desistir de la acción civil e instar la conclusión del proceso civil a tenor del art. 20.2 LEC de 2000. Con arreglo a este precepto si el demandado ya hubiere sido emplazado para contestar a la demanda el Juez de Menores habrá de darle traslado por plazo de 10 días para que manifieste su conformidad o no oposición al desistimiento, en cuyo caso el Juez dictará auto de sobreseimiento. En otro caso el Juez adoptará la decisión que proceda, pudiendo acordar la continuación del juicio civil a tenor del párrafo último del art. 20.3 LEC de 2000.

Abona esta postura el tenor del art. 61.1 que únicamente anuda el plazo de un mes al supuesto de ejercicio de la acción civil por el perjudicado, pero no establece plazo alguno para la renuncia ni para la reserva, lo cual obliga a acudir al régimen del citado art. 20 LEC.

Cierto es que la decisión del Juez de Menores acordando la continuación del proceso civil ante la formulación de reserva por el perjudicado que no fuere aceptada por el demandado, resulta un tanto incongruente con la no producción de efecto de cosa juzgada material (art. 64.10) de la sentencia que dicte el Juez de Menores, en tanto que pese a dicha sentencia el perjudicado podrá verse nuevamente sujeto al pleito civil que ante el Juez de

Primera Instancia pudiera entablar el perjudicado. En dicho proceso ante el Juez de Primera Instancia no será parte el Fiscal.

### **c) Ejercicio de la acción civil ante el Juez de Menores por el perjudicado**

Al perjudicado habrá de serle notificada por el Juzgado la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil. En dicha notificación se le informará de sus derechos a renunciar, reservarse o ejercitar por sí mismo la acción, con indicación de que fuera de tales casos será el Ministerio Fiscal quien proceda al ejercicio de la acción. La notificación contendrá la expresión de que para el ejercicio por sí mismo de la acción civil deberá personarse en la pieza, dentro del plazo máximo de un mes cuya fecha final le habrá de ser indicada en la notificación, mediante un escrito de personación en el que haga constar las personas que considere responsables de los hechos cometidos y contra las que pretenda reclamar.

El escrito del perjudicado personándose en plazo a efectos del ejercicio por sí de la acción civil produce un importantísimo efecto respecto del Ministerio Fiscal: implica la no intervención del Fiscal en dicha pieza. Así se desprende del art. 61.1 de la Ley, que impone al Fiscal el ejercicio de la acción civil «salvo» que el perjudicado «la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes...». Ciertamente el escrito de personación que presenta el perjudicado, aunque posteriormente dejare transcurrir el plazo de 10 días que se le confiere para presentar demanda, es determinante de la no intervención del Fiscal en el proceso civil.

### **XII.2.B. Supuestos en los que el Fiscal ejercita la acción civil en la pieza separada ante el Juez de Menores**

Es muy importante que en la notificación que se haga a los perjudicados, bien por el Juzgado (art. 64.1) o por la Fiscalía (art. 22.3), se evite incurrir en una fórmula meramente ritual. Por contra, se ha de procurar obtener del perjudicado una respuesta clara en orden a si ejercitará por si la acción, si la renuncia o si se la reserva. En la respuesta del perjudicado debe cuidarse de que exprese si tiene interés en que el Fiscal ejercite la acción civil o si, pese a no ejercitarla por si mismo ni renunciarla, no tiene interés en que el Fiscal siga el procedimiento civil, lo cual equivale a la reserva. En este caso, el Fiscal carecería de legitimación activa. La indagación del perjudicado es esencial, por tanto, para evitar procesos civiles a instancias del Fiscal cuyo carácter innecesario hubiera podido fácilmente ser detectado con una correcta indagación de la voluntad del perjudicado.

Fuera de los casos señalados en el apartado anterior (ejercicio de la acción civil por el propio perjudicado ante el Juez de Menores, renuncia y reserva) el Fiscal ejercitará la acción civil en la pieza separada de responsabilidad civil ante el Juez de Menores. Así se desprende del art. 61.1 de la Ley. La legitimación del Fiscal es de carácter subsidiario: interviene en defecto de que lo haga el propio perjudicado o manifieste su reserva para ejercitar la acción o su renuncia.

Si el escrito de personación del perjudicado, expresando su intención de ejercitar la acción, se presentare fuera del plazo de un mes referido en el art. 61.1, habrá de ser inadmitido por el Juez. En tal caso, el Fiscal será quien ejercite la acción civil en la pieza separada. El perjudicado, habida cuenta del transcurso del plazo preclusivo, no podrá intervenir en el proceso civil seguido ante el Juez de Menores, sin perjuicio de su derecho tanto a decidir

la conclusión del proceso civil ante el Juez de Menores, lo que tendría lugar si renuncia a la acción o se la reserva, cuanto a entablar la acción civil ante la jurisdicción civil una vez finalizado el proceso civil ante el Juez de Menores, habida cuenta de la falta de efecto de cosa juzgada material de la sentencia civil dictada por el Juez de Menores.

En casos de existencia de varios perjudicados el Fiscal ejercitará la acción civil sólo respecto de aquellos quienes no la ejercitaren por sí, o no la hubieren reservado o renunciado.

### **XII.3. Algunas cuestiones acerca de la tramitación de la pieza de responsabilidad civil**

#### **XII.3.A. Apertura de la pieza de responsabilidad civil**

Debe comenzar señalándose que en el proceso civil ante el Juez de Menores se distinguen inicialmente dos momentos: de un lado, la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil (art. 61.1.<sup>a</sup>), y, de otra parte, el inicio del procedimiento (art. 61.4.<sup>a</sup>). En la primera fase, a la que se dedica este apartado, el Juez de Menores ha de llevar a cabo una serie de actuaciones tendentes a establecer cuáles son las partes que van a intervenir como actoras y como demandadas. La segunda fase comienza con el auto de iniciación del procedimiento, que indica la identidad de tales partes y, al tiempo, confiere a los demandantes un plazo de 10 días para ejercitar la acción civil formulando demanda.

No se abrirá el procedimiento civil ante el Juez de Menores en todos aquellos casos en los que el Fiscal mantenga la investigación en el seno de las Diligencias preliminares del art. 16.2. El Fiscal impedirá la apertura de la pieza civil en aquellos casos en que, conforme al art. 16.2, acuerde la inadmisión a trámite de la denuncia, así como el archivo de las Diligencias Preliminares por no revestir los hechos caracteres de infracción penal o por no ser el autor conocido.

La pieza civil sólo se incoará cuando tales Diligencias Preliminares concluyan bien mediante resolución del Fiscal acordando que se transformen en Expediente de menores o bien expresando que se desiste -art. 18- de tal incoación.

Es importante que en los casos en que el hecho no lleve aparejada responsabilidad civil el Fiscal lo haga constar en el parte de incoación o en la resolución de desistimiento expresamente, a fin de evitar que el Juez proceda a la apertura de piezas separadas civiles que carezcan *ab initio* de objeto procesal.

El Juez de Menores abrirá la pieza de responsabilidad civil en cuanto le sea comunicado por el Fiscal el parte de incoación del Expediente (art. 16, apartados 3 y 4 y art. 64.1) o la decisión de desistimiento de la incoación (art.18).

Dicho parte de incoación, que ha de ser remitido por el Fiscal al Juzgado, deberá contener datos suficientes para posibilitar la actuación del Juez. No basta con un parte expresivo del número de procedimiento y de la persona imputada. Por el contrario, se habrán de indicar en el parte cuantas circunstancias consten en relación con la responsabilidad civil: descripción del hecho, pudiendo a tal efecto adjuntarse copia de la denuncia o del atestado; indicación de los intervinientes menores y de sus guardadores, así como de los perjudicados,

haciendo constar sus nombres y apellidos, fecha de nacimiento, DNI, domicilio y cuantos datos identificativos obren en el Expediente; e igualmente testimonio de las notificaciones a los perjudicados que hubiere efectuado el Fiscal al amparo del art. 21.3 de la Ley.

Asimismo, según se señaló anteriormente, cuando el Fiscal desista de la incoación del Expediente, en virtud de lo dispuesto en el art. 18, deberá, no obstante, remitir al Juez copia del Decreto o de la resolución en la cual acuerde el desistimiento de la incoación, expresiva de todas aquellas circunstancias que permitan la tramitación del proceso civil. En tal caso, por imperativo del inciso final del párrafo 1 del art. 18, la pieza de responsabilidad civil habrá de tramitarse. La resolución de desistimiento dictada por el Fiscal se entenderá como una de las «resoluciones definitivas» a que se refiere el art. 64.8.<sup>a</sup>, por lo que el procedimiento de responsabilidad civil se tramitará sin esperar ni depender en nada del Expediente principal que, por decisión del Fiscal, no llegó a incoarse.

### **XII.3.B. Plazo para la personación por los particulares a fin de ejercitar por sí mismos la acción civil**

Conforme dispone el art. 61 los perjudicados podrán ejercitar por sí la acción civil si dentro del plazo preclusivo de un mes a contar desde la notificación de la apertura de la pieza separada se personaren. Por su parte, el art. 64 no señala la duración del citado plazo y establece que el Juez notificará a los perjudicados su derecho a ser parte y les fijará el «plazo límite para el ejercicio de la acción».

Surge, pues, la cuestión de si el Juez puede establecer en la notificación a los perjudicados un plazo de duración distinta a la de un mes.

Nada obsta a que, en atención a las circunstancias concurrentes, el Juez pueda establecer un plazo de duración superior. Pero debe negarse, en virtud del principio *pro actione*, la posibilidad de que se señalen plazos inferiores al del mes que preconiza el art. 61.

El transcurso del plazo marcará el momento último para la posible personación de los perjudicados, tal como se señaló *supra*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los perjudicados que no hayan sido notificados de la apertura de la pieza, debe entenderse que podrán personarse en cualquier momento hasta la fase de audiencia inclusive, transcurrida la cual y pendiente únicamente la sentencia sólo les quedará el derecho de acudir a la vía civil ordinaria.

### **XII.3.C. Escritos de personación y auto de iniciación del procedimiento**

Los perjudicados que pretendan ejercitar la acción civil (lo que se articula mediante demanda) habrán de presentar previamente un escrito de personación que, al menos, contendrá indicación genérica de las personas contra las que se pretenda dirigir la acción civil.

El Juez, transcurrido el plazo conferido para la personación, háyanse presentado o no escritos de personación, dictará auto acordando el inicio del procedimiento y señalando las partes intervinientes actoras y demandadas.

Contra el auto del Juez inadmitiendo la personación de alguien como perjudicado podrá interponerse recurso que,

a tenor del art. 41, será de reforma y ulterior queja.

El Juez, cuando no se hayan personado o no conste la renuncia o la reserva de la acción de todos los perjudicados, incluirá en el auto al Fiscal como parte actora. Ello es conforme con la legitimación activa subsidiaria del Fiscal en este procedimiento civil.

El Fiscal, por ello, no necesita presentar escrito de personación en la pieza de responsabilidad civil, sin perjuicio de que nada impide que pueda hacerlo en aquellos supuestos en que conozca previamente -por resultar de la notificación a los perjudicados de sus derechos según el art. 21- datos que afirmen su legitimación activa.

Ahora bien, al Fiscal habrá de serle notificado, en todo caso, el auto del Juez de Menores acordando el inicio del procedimiento y fijando las partes actoras y demandadas. La procedencia de tal notificación resulta evidente cuando el Fiscal figure entre las partes actoras, pues a partir de ahí se contará el plazo de 10 días para formular el escrito de demanda. Ahora bien, el contenido de dicho auto, en el que, en definitiva, consta si ha habido o no renuncia, reserva o personación para ejercicio por sí de la acción civil por los perjudicados, conviene que sea conocido por el Fiscal, incluso aun cuando el resultado sea su no intervención en el proceso civil; conocimiento que interesa desde una doble perspectiva: tanto para que el Fiscal pueda controlar efectivamente las circunstancias que determinan su falta de legitimación en la pieza de responsabilidad civil, como para que en el Expediente penal consten, por tratarse de datos de interés en todo caso, cuál sea la postura del perjudicado ante la acción civil, interesando se lleve testimonio de dicho auto al Expediente penal.

#### **XII.3.D. Valoración del ejercicio de la acción civil por el Fiscal. Desistimiento**

Pese a que en el Expediente sancionador se confieren al Fiscal, como manifestaciones del principio de oportunidad, amplios márgenes de decisión para no incoar o para desistir del Expediente ya incoado, por contra, en la pieza de responsabilidad civil no hay mención alguna de atribución al Fiscal de facultades discrecionales que le permitan decidir, una vez establecido su carácter de parte interviniente, acerca del ejercicio o no de la acción civil. El art. 61 señala que el Fiscal «ejercitará» la acción si se dan los presupuestos para ello. La Ley no contiene ninguna norma que permita al Fiscal adoptar discrecionalmente la decisión de no ejercicio de la acción civil, ya sea so pretexto de que el perjudicado podía haberse personado y no lo hizo voluntariamente, o de que siempre le queda la posibilidad de acudir a la vía civil ordinaria o, finalmente, de que no se verá definitivamente afectado por la decisión civil del Juez de Menores al carecer ésta de eficacia de cosa juzgada.

Por ello, el Fiscal habrá de ejercitar la acción civil cuando se den los presupuestos para ello. Ahora bien, esto no implica que en todo caso, automáticamente, el Fiscal haya de formular demanda necesariamente, ni que imperativamente deba instar la sentencia estimatoria de la reclamación civil. Caben supuestos de crisis procesal en los que el Fiscal, como parte legitimada activamente, no sólo puede sino que debe, en el curso del proceso civil ante el Juez de Menores, interesar la conclusión del proceso ya sea no formulando demanda o desistiendo de la ya formulada. Es tarea del Ministerio Fiscal la de impulsar y procurar la reparación civil de la víctima y, al tiempo, la de evitar la iniciación o continuación de litigios civiles innecesarios.

En este sentido, y sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que el Fiscal debe o puede no entablar la demanda o

desistir de la acción civil entablada en atención a las siguientes circunstancias:

#### **a) Sobreseimiento libre del Expediente**

Cuando en el Expediente de menores se hubiere interesado por el Fiscal o acordado por el Juez el sobreseimiento libre por no constituir los hechos infracción penal o por estar acreditada la no producción de los hechos, el Fiscal habrá de desistir del ejercicio de la acción civil.

La improsperabilidad de la acción civil, que por definición deriva de la comisión de una infracción penal, resulta palmaria cuando se niega, con los efectos propios de un sobreseimiento libre, el hecho mismo, su carácter de infracción penal o la participación del menor. En tales casos, ante la declaración con efectos de cosa juzgada material de la inexistencia de infracción penal atribuible al menor, resulta obligada la conclusión de la pieza de responsabilidad civil.

Aún más, aunque la cuestión no sea en modo alguno pacífica: si el auto de sobreseimiento libre declarara probado que el hecho no se produjo, el cierre del proceso civil no sólo alcanza a la pieza seguida ante el Juez de Menores sino también al proceso civil ordinario ante la jurisdicción civil (en este sentido, art. 116 LECr.).

#### **b) Sobreseimiento provisional del Expediente**

Si se acordare el sobreseimiento provisional por no resultar suficientemente acreditada la producción del hecho o por no estar acreditada suficientemente la participación del menor, aunque, a diferencia del sobreseimiento libre, es posible teóricamente una valoración por el Juez de Menores de la prueba a practicar en la audiencia civil que permitiera la estimación de la demanda, ha de tenerse en cuenta que es más que probable que el Fiscal, en atención a lo actuado, desista del ejercicio de la acción civil. Para ello, o no formulará demanda o si ya la hubiere formulado podrá presentar escrito de desistimiento de la acción civil que desencadena la crisis procesal y conclusión del proceso civil (art. 22 LEC).

#### **c) Sobreseimiento del Expediente por conciliación o acuerdo de reparación**

El sobreseimiento del Expediente, regulado en el art. 19, por conciliación o por reparación entre el menor y la víctima, no implicará necesaria ni automáticamente la conclusión de la pieza de responsabilidad civil. De hecho, la conciliación -cuyo contenido procura esencialmente la satisfacción psicológica del perjudicado- y la reparación -que incide en el compromiso asumido por el menor de restauración del daño causado- no siempre alcanzarán a todo el posible contenido de la responsabilidad civil que pudiera reclamarse.

No obstante, es perfectamente posible que la actividad de mediación efectuada en ambas figuras -conciliación y, más frecuentemente, reparación- implique en algunos supuestos el cumplimiento por el menor de la satisfacción íntegra de la responsabilidad civil del perjudicado, supuesto éste en que nada impide, antes al contrario determinará, que el Fiscal interese la conclusión del proceso civil por carecer sobrevenidamente de objeto a tenor del art. 22 LEC.

En todo caso, de seguirse la pieza de responsabilidad civil en estos supuestos de sobreseimiento provisional el

Juez de Menores habrá de pronunciarse en la sentencia, a los solos efectos prejudiciales, acerca de la existencia de la infracción criminal que sustenta la responsabilidad civil objeto de condena.

#### **d) Posible valoración por el Fiscal de determinadas circunstancias relativas al contenido de la responsabilidad civil**

En determinados casos, fundamentalmente ante el manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación, o en supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él, o incluso de ínfima cuantía de los daños causados, también ha de afirmarse y permitirse que el Fiscal, convenientemente valoradas aquellas circunstancias, desista del ejercicio de la acción civil. No puede afirmarse, por ser contrario al principio de economía procesal, la obligatoriedad del Fiscal en la obtención a toda costa de un título de ejecución de la responsabilidad civil cuando determinadas circunstancias -desinterés del perjudicado, ínfima cuantía, insolvencia, etc.- hagan patente la inutilidad del ejercicio de la acción civil. A este razonamiento cabe agregar la inexistencia del efecto de cosa juzgada de la sentencia civil y, en definitiva, el mantenimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción civil en manos del perjudicado.

En todos estos supuestos de los cuatro anteriores apartados, en que la petición del Fiscal implica la conclusión del proceso civil sin sentencia, nos encontramos realmente ante casos de no ejercicio de la acción o de desistimiento de la acción ya entablada por el Fiscal y no ante supuestos de renuncia del derecho, habida cuenta de que al ostentar el Fiscal una legitimación activa subsidiaria y carecer de efectos de cosa juzgada el pronunciamiento del Juez de Menores, siempre queda viva la acción civil para que el perjudicado pueda ejercitarla ante la jurisdicción civil.

#### **XII.3.E. Demanda**

El Fiscal formulará la demanda en los diez días siguientes a la notificación del auto de inicio del procedimiento.

La demanda no podrá alcanzar a los copartícipes del hecho cometido por el menor que fueren mayores de 21 años o mayores de 18 a los que no se les aplique las reglas de esta Ley.

Cuando hubiere varios perjudicados la demanda se limitará a solicitar la responsabilidad de aquellos que no hubieren renunciado o reservado la acción civil o que no hubieren presentado escrito de personación.

#### **XII.3.F. Efecto suspensivo del Expediente penal sobre la pieza separada de responsabilidad civil**

La coexistencia del Expediente penal y de la pieza separada civil ante el Juez de Menores puede suscitar problemas de prejudicialidad.

La pieza separada civil cabe que se tramite paralelamente y sin esperar a las actuaciones que se practiquen en el Expediente penal. Es posible que la vista oral civil se realice antes de la audiencia penal, tal y como se deduce del art. 64.6ª, que establece que el Juez de Menores convocará «inmediatamente que tenga en su poder los escritos» de demanda y contestación a la vista civil.

Ahora bien, conforme al art. 64.8ª, celebrada la vista civil el Juez de Menores habrá de esperar a dictar sentencia a la celebración de la audiencia en el Expediente penal y a que recaiga sentencia u otra resolución definitiva. Existe, pues, una suerte de prejudicialidad, siquiera mínima, pero determinante de que el pronunciamiento de la sentencia civil (no así las fases anteriores) deba esperar a la finalización del Expediente penal. Ello resulta lógico para evitar que se produzca una disparidad insalvable otorgando en sentencia civil una responsabilidad civil derivada de una infracción penal, cuya comisión o producción la sentencia penal negare.

Con base en lo anterior, y a fin además de evitar una duplicidad de actuaciones y procurar la simplificación del procedimiento, parece razonable que el Fiscal acompañe su actuación penal a la que siga en el Expediente civil, de modo tal que, en aras del principio de economía procesal y para evitar disparidades infranqueables entre los pronunciamientos del Juez de Menores de carácter penal y los de orden civil, formule demanda sobre la base del escrito de alegaciones penal y, por otra parte, trate de hacer coincidir sucesivamente y sin solución de continuidad la audiencia penal y la vista oral civil, lo que supondría la evitación de duplicidad de citaciones y comparecencias al menor, representantes, testigos, y demás intervinientes. De hecho, las pruebas que se practiquen en la audiencia penal servirán vía testimonio en muchos casos para la pieza civil, sin que parezca razonable duplicar éstas.

#### **XII.4. Proceso civil ante la jurisdicción ordinaria**

Se haya seguido o no proceso civil ante el Juez de Menores, al no producir éste efectos de cosa juzgada material (art. 64.10ª), nada impide que los perjudicados puedan iniciar un ulterior proceso civil ordinario ante el Juez de Primera Instancia para la reclamación de la responsabilidad civil.

La coexistencia de estos dos posibles procedimientos civiles, uno ante el Juez de Menores en la pieza separada y otro ante el Juez de Primera Instancia, genera complejos problemas de prejudicialidad y de cómputo de plazos para la prescripción de acciones.

El proceso civil ante la jurisdicción ordinaria no podrá entablarse antes de la conclusión tanto del Expediente penal de menores, como, en su caso, del proceso civil ante el Juez de Menores. Por ello, las sentencias penal y civil del Juez de Menores habrán de notificarse a los perjudicados, dando lugar la última de tales notificaciones al inicio del cómputo de prescripción de la acción civil.

La acción a ejercitar ante el Juez de primera instancia prescribirá a los 15 años si fuere derivada de infracción penal (a excepción de la derivada de los delitos de calumnia e injurias que será de un año por disposición expresa del art. 1968.2 CC). Si fuere derivada de culpa extracontractual, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que en el Expediente penal no haya resultado acreditada la comisión de infracción penal (sentencia absolutoria o sobreseimiento), el plazo de prescripción será el de un año (art. 1968.2 CC).

Además, en el juicio civil se reputarán hechos probados (efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada) los hechos que el Juez de Menores haya estimado acreditados y la participación del menor. Esos hechos acreditados, a que se refiere el art. 64.10.ª, lo son los de la sentencia penal del Juez de Menores y no los de la civil, habida cuenta de que ésta no goza de fuerza de cosa juzgada y del principio de verdad formal y no material

que impera en la jurisdicción civil.

### **XIII. REGIMEN TRANSITORIO**

La Disposición Transitoria única de la LORPM regula el régimen transitorio de la Ley en seis apartados que tratan de dar respuesta a los problemas que la sucesión temporal de la norma plantea en relación con tres situaciones procesales previas: los procesos de reforma de menores incoados bajo la vigencia de la anterior LO 4/1992, reguladora de la competencia y procedimiento de los Juzgados de Menores, los procesos penales de adultos no concluidos por Sentencia firme a la entrada en vigor de la nueva Ley, y los procesos penales de adultos concluidos por Sentencia firme condenatoria, los cuales plantean un problema específico de revisión de las penas impuestas a quienes delinquieron durante su minoría de edad, pero cumplidos los 16 años.

#### **XIII.1. Procedimientos de reforma de menores incoados con arreglo a la LO 4/1992, de 5 de junio**

El apartado 1 de la Disposición Transitoria única de la Ley prorroga la vigencia de la derogada LO 4/1992, de 5 de junio, para todos aquellos hechos que se hubiesen cometido con anterioridad a su entrada en vigor. Esto significa que los procedimientos de reforma incoados antes del día 14 de enero del 2001, o pendientes de incoación por hechos cometidos antes de dicha fecha se regirán por la Ley anterior y que las medidas impuestas en los mismos se ejecutarán conforme a las previsiones contenidas en dicha Ley.

Esta prórroga general de la vigencia de la Ley sólo conoce la excepción recogida en el apartado 2 de la Disposición Transitoria: las medidas de reforma que estuvieren cumpliendo a la entrada en vigor de la Ley personas menores de 14 años se alzarán, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades.

La literalidad del precepto debe ser corregida de acuerdo con su evidente finalidad: también habrá de declararse extinguida la responsabilidad de aquellos que, siendo mayores de 14 años a la entrada en vigor de la Ley, estén cumpliendo o se hallen a la espera del cumplimiento de una medida impuesta por hechos cometidos antes de los 14 años de edad, pues la nueva Ley declara irresponsables penalmente, sin excepción, a todos los menores de 14 años y prohíbe toda intervención sobre los mismos que no sea de carácter exclusivamente tuitivo (art. 3), determinando con su entrada en vigor la atipicidad sobrevenida de tales conductas lo que obliga a su incondicionada aplicación retroactiva.

#### **XIII.2. Revisión de condenas impuestas en el ámbito de la jurisdicción penal de adultos.**

Los apartados 3, 4 y 5 abordan, sin la aconsejable separación conceptual, los aspectos procedimentales y de fondo implicados en la revisión de las sentencias condenatorias dictadas por los órganos de la jurisdicción penal de adultos contra menores de edad. Entendemos que la claridad expositiva y la lógica sistemática demandan un tratamiento separado.

##### **XIII.2.A. El Incidente de Revisión**

Desde el punto de vista procedimental la regulación legal presenta importantes peculiaridades en lo que se refiere a la legitimación activa para instar la incoación del incidente y a la competencia objetiva para su

enjuiciamiento.

En relación con el primer punto, la legitimación activa para instar la revisión la posee en régimen de aparente exclusividad el Fiscal, pues siguiendo la letra de la Ley la sustitución de pena por medida educativa se verificará por el Juez de Menores «a instancia del Ministerio Fiscal», según el apartado 3, o «a petición del Ministerio Fiscal» según el apartado 4.

Esta atribución de la iniciativa al Ministerio Fiscal plantea una primera cuestión de gran relieve referida al ámbito de discrecionalidad de que goza el mismo para instar o no la revisión. A este respecto hay que partir de la evidencia de que la LORPM instaura un sistema específico y autónomo de exigencia de responsabilidad penal que resulta en conjunto más favorable para el reo, y que el elenco de medidas educativo-sancionadoras previsto en la misma es por su propia naturaleza y finalidad, por su flexibilidad y por las condiciones de su cumplimiento, beneficioso en comparación con el sistema general de penas establecido en el CP y con el sistema de ejecución penitenciaria regulado en la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el Reglamento Penitenciario.

La fuerza expansiva que se ha de atribuir al principio general de retroactividad favorable que el art. 2.2 CP de 1995 aplica a todas las leyes de naturaleza penal -y la LORPM desde luego lo es-, su virtualidad informadora, vincula la interpretación de los apartados 3 y 4 de la Disposición Transitoria única e impone como necesidad la revisión sistemática de todas las penas en fase de ejecución o pendientes de cumplimiento y su sustitución por medidas de corte educativo en los términos previstos en la propia Ley.

Por lo tanto, aunque la Disposición Transitoria única en su apartado 3 prevea en su literalidad que la sustitución de las penas por medidas se verificará siempre a instancia del Fiscal, y en su apartado 4 a petición del Fiscal, hay que entender que éste no goza de genuina discrecionalidad para optar por la no revisión y que en todo caso ha de solicitar la sustitución y poner en marcha el Incidente de Revisión, pues a partir de la entrada en vigor de esta Ley ningún infractor menor de edad debe verse sometido al sistema penal y penitenciario de adultos, con la sola excepción, expresamente enunciada en la norma, de quienes hubieran ya cumplido los 23 años de edad - art. 15 LORPM-.

En cuanto a la competencia objetiva para el conocimiento del incidente los apartados 4 y 5 la atribuyen al Juez de Menores, encomendando así el juicio de revisión de las condenas a un órgano jurisdiccional diferente del sentenciador.

Procedimentalmente el Juez o Tribunal sentenciador en el que se halla domiciliada la correspondiente ejecutoria dará traslado de la misma y de la liquidación provisional de las penas al Fiscal -apartado 3, in fine- el cual a su vez evacuará su dictamen ante el Juez de Menores correspondiente a dicha demarcación, determinándose así la competencia territorial de la jurisdicción de menores en el conocimiento de los Incidentes de Revisión en función del lugar que sea sede del Juez o Tribunal sentenciador.

Desde el punto de vista de la organización interna de la Fiscalía, no tiene por qué ser necesariamente la Sección de Menores la encargada de despachar todos los Incidentes de Revisión. Los Jefes de cada Fiscalía dispondrán lo oportuno en cuanto a la atribución del despacho de los asuntos en función de las disponibilidades de personal

de cada Fiscalía. En principio, serán los Fiscales encargados del despacho de las ejecutorias de cada Juzgado o Tribunal quienes dictaminarán sobre la revisión de las penas, sin perjuicio de atender a una adecuada comunicación interna con la correspondiente Sección de Menores con el fin de recabar criterios unitarios y eficaces para la óptima resolución de los Incidentes.

En relación con los condenados que se hallaren cumpliendo la pena en centro penitenciario, los Sres. Fiscales deberán tomar la iniciativa y reclamar de los Juzgados y Tribunales el envío de la ejecutoria y de la liquidación provisional con el fin de formar su criterio en materia de revisión con una cierta anticipación a la entrada en vigor de la LORPM para poder de este modo solicitar y obtener de los órganos judiciales sentenciadores la acomodación de la situación personal de los reos.

La Ley no prevé que el Juez o Tribunal sentenciador adjunte el informe del Equipo Técnico incorporado al proceso penal por imperativo de la Disposición Transitoria duodécima de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, omisión que no debe ser óbice para que los Fiscales recaben en todo caso la remisión del mismo, pues el conocimiento de su contenido puede resultar sumamente útil en la decisión del incidente.

Tampoco se prevé que los centros penitenciarios comuniquen a las Fiscalías las liquidaciones penitenciarias de las penas de prisión impuestas por hechos cometidos por menores de edad. Los Fiscales también recabarán estos informes pues necesitan conocer en relación con los reos que rinden condena en prisión el período extinguido a la fecha de entrada en vigor de la Ley y el período pendiente de cumplimiento efectivo con el fin de acomodar sus solicitudes de revisión a los presupuestos de los apartados 3 y 4 según que el tiempo pendiente de prisión sea de dos o más años o inferior a dos años y con el fin de contar con la información necesaria respecto de los períodos de condena ya extinguidos que deben ser descontados del plazo de duración de la medida.

La liquidación penitenciaria referirá por separado cada una de las condenas pendientes, y detallará la porción de pena ya extinguida por cumplimiento efectivo, abono de prisión preventiva, redención o indulto parcial. No se precisa sin embargo que se anticipe el cálculo de la redención futura, pues el dato legalmente relevante es el de la pena pendiente de cumplimiento a la fecha de la entrada en vigor de la LORPM, con independencia de la extensión efectiva que dicha pena hubiera de tener después por razón de la redención que eventualmente pudiera ganarse en fechas posteriores.

En lo que se refiere al desarrollo del procedimiento de revisión y a las partes intervinientes, los apartados 3 y 4 plantean ciertas dudas que deben ser aclaradas por medio de una interpretación de la norma ajustada a las evidentes necesidades de contradicción y defensa que todo proceso penal debe satisfacer.

Así, el apartado 3, para las penas de prisión de dos o más años de duración, no prevé que se dé audiencia al sentenciado, ni a su representante legal si es menor de edad, ni a su Letrado, a diferencia de lo que ocurre en el apartado 4 para las penas de prisión de menos de dos años y para las penas diferentes de la prisión o de distinta clase.

En sentido inverso, el apartado 4 no exige ni prevé siquiera el informe del Equipo Técnico, frente a lo dispuesto

en el apartado 3, que sí lo prevé.

Ante estas aparentes incongruencias en el diseño del trámite procedimental aplicable a los Incidentes de Revisión de condenas, se impone la formulación de dos tipos de consideraciones:

En primer término, que no es oportuno ni razonable articular procedimientos de revisión diferentes en función de la clase y duración de las penas que se revisan, y menos prever un trámite más garantista y respetuoso con las exigencias dimanantes del principio de defensa y contradicción, mediante la participación activa del Letrado del reo y del propio reo, precisamente en el procedimiento de revisión de las penas de menor entidad (apartado 4). La interpretación racional y sistemática del contenido de la Disposición Transitoria demanda la integración de los trámites previstos en los apartados 3 y 4 en un mismo procedimiento, por lo que la audiencia previa del Letrado, del sentenciado y si es el caso de su representante legal, la entenderemos también preceptiva en los supuestos del apartado 3.

A este respecto hay que matizar que aunque la Ley habla de Letrado del menor, y de representante legal del mismo, no podemos olvidar que quien a la entrada en vigor de la nueva Ley se halla pendiente de cumplimiento de la pena impuesta por hechos cometidos durante su minoría de edad puede ser perfectamente un mayor de edad, o hallarse emancipado. Tampoco hay que perder de vista que puede no disponer de asistencia letrada, por lo que habría de designársele, en su caso, Abogado de oficio, a poder ser del turno de especialistas en menores.

La Disposición Transitoria no contempla la personación en el Incidente de Revisión, ni siquiera la mera audiencia, del ofendido o perjudicado por el delito que se hubiera personado como acusación particular en el previo proceso penal, por lo que habrá de entenderse excluida su participación. Obviamente tampoco participarán quienes hubieran ejercido la acción popular.

En segundo lugar, y en lo que se refiere a la intervención del Equipo Técnico en el Incidente de Revisión, tras la incorporación al mismo del informe en su día emitido en el proceso penal en aplicación de la Disposición Transitoria decimosegunda de la LO 10/1995, los Fiscales podrán reclamar un nuevo informe actualizado si lo consideran necesario para formar su criterio antes de evacuar su dictamen. El informe de la correspondiente entidad pública de reforma o protección puede servir de complemento a la información recabada en la medida en que el sentenciado haya sido explorado y atendido con anterioridad en dichas instituciones o en la medida en que puede suministrar información relevante sobre los recursos que al efecto tiene disponibles la comunidad para aplicar una adecuada intervención educativa al reo.

Las decisiones del Juez de Menores se adoptarán en forma de auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Sección de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia. Hay que entender que el recurso de apelación se tramitará conforme al art. 787,3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de acuerdo con la previsión de aplicación subsidiaria de las normas reguladoras del procedimiento abreviado (Disposición Final primera de la LORPM).

El auto judicial de revisión será puesto en conocimiento del Juez o Tribunal sentenciador y de la entidad pública de reforma que haya de hacerse cargo de la ejecución de la medida.

### **XIII.2.B. Criterios de fondo**

En cuanto a los criterios de fondo aplicables a la revisión de condenas, los apartados 3 y 4 distinguen dos supuestos: el que plantean las penas de prisión que a la entrada en vigor de la LORPM tengan pendientes de extinción un período igual o superior a dos años, y el que plantean las penas de prisión que no se hallen en dicha circunstancia y cualesquiera otras penas distintas de la prisión.

Las penas de prisión que tengan pendiente de cumplimiento un período de dos o más años al entrar en vigor la LORPM podrán ser sustituidas por cualquiera de las medidas previstas en el artículo 7 de la misma. Se ha de considerar con la debida atención que lo que determina la inclusión de la pena de prisión en el apartado 3 de la Disposición Transitoria no es la duración de la pena en sí tal y como aparece fijada en sentencia, sino la parte de pena pendiente de cumplimiento al entrar en vigor la LORPM, pues si la pena de prisión impuesta en sentencia fuera de duración igual o superior a dos años, pero el reo hubiere cumplido una parte de la misma, de modo que a la entrada en vigor de la LORPM el período de cumplimiento pendiente fuera inferior a dos años, en ese caso no sería de aplicación el apartado 3 de la Disposición Transitoria, sino el apartado 4, que se aplica, según su propia literalidad, cuando «la pena impuesta o pendiente de cumplimiento fuera de prisión inferior a dos años».

La diferencia es sumamente relevante, pues en los supuestos del apartado 4 de la Disposición Transitoria única LORPM no es posible ya sustituir la pena por cualquiera de las medidas educativas previstas en la Ley, sino sólo y exclusivamente por la medida de libertad vigilada simple o, en su caso, por la mera declaración de cumplimiento de la pena y de extinción de la responsabilidad penal. Para el reo la revisión operaría en el peor de los casos mediante sustitución por medida no privativa de libertad, por lo que habría de ser puesto en libertad tan pronto entrase en vigor la LORPM.

En definitiva, por imperativo legal, de acuerdo con el contenido de la Disposición Transitoria única LORPM, apartado 4, las penas no privativas de libertad, las penas privativas de libertad distintas de la prisión - responsabilidad personal subsidiaria y arresto de fines de semana- y las penas de prisión que tengan pendiente de cumplimiento un período inferior a dos años, tienen considerablemente restringida su conversión, pues en caso de verse sustituidas por una medida, lo serán siempre por medida de libertad vigilada simple por el tiempo que restara de cumplimiento de la condena.

El concepto de libertad vigilada simple no aparece explicado en la Ley, pues el artículo 7.1.h no acuña modalidades diversas de libertad vigilada como lo hace con la medida de internamiento en los apartados a, b, c y d. Entendemos que la libertad vigilada simple es aquella en la que no se imponen al sujeto actividades socioeducativas o reglas de conducta complementarias distintas de la escolarización o asistencia al centro de trabajo.

En cuanto a la referencia al tiempo que restara de cumplimiento de condena como límite de duración de la medida de libertad vigilada, la pena de multa se computará de acuerdo con la equivalencia establecida para el cumplimiento de la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria en el art. 53.1 CP de 1995 y el arresto de fines de semana de acuerdo con la equivalencia a dos días establecida en el artículo 37.1 CP de 1995.

En todo caso, tomando en consideración que por imperativo del art. 9.3 de la Constitución la aplicación de la LORPM constituye una forma de aplicación retroactiva de una norma sancionadora favorable, al fijar la duración de la medida sustitutiva habremos de atender siempre a los límites legales previstos en el art. 9 LORPM en función de las circunstancias concurrentes en el hecho y en el autor, que operarán como límites absolutos de la duración de la intervención sancionadora-educativa, y en segundo lugar a la duración de la pena sustituida impuesta en sentencia, que operará como límite concreto de su extensión temporal, pues la medida educativa no podrá tener una duración superior a la de la concreta pena sustituida.

Se tomará en consideración también el tiempo de condena que el reo hubiere extinguido con anterioridad, sea por cumplimiento efectivo de la pena, sea por aprobación de redenciones, sea por imputación de períodos de prisión preventiva, tiempo éste que integrará el patrimonio penitenciario del reo -como en alguna ocasión ha denominado el Tribunal Supremo a los períodos de redención ganados - y que como tal le habrá de ser descontado de la duración de la medida.

### **XIII.3. Procesos penales incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la LORPM**

De conformidad con el apartado 6, los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la Ley en los que se encuentren imputadas personas por hechos cometidos durante su minoría de edad serán remitidos al Ministerio Público para que instruya el procedimiento regulado en la LORPM.

El Fiscal deberá registrar estos procedimientos asignándoles un número de Diligencias Preliminares a efectos de localización y control estadístico procediendo a continuación a la incoación del Expediente de reforma.

Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de 18 años y menor de 21, el Juez de Instrucción acordará lo que proceda según lo dispuesto en el art. 4 de la Ley.

En consecuencia, el régimen transitorio aplicable a los procesos penales inconclusos se ceñirá rigurosamente al principio *tempus regit actum* que impone la adaptación inmediata de todos ellos al trámite previsto en la nueva Ley tan pronto entre en vigor.

### **XIV. ENTRADA EN VIGOR**

La Disposición Final séptima ha establecido el plazo de un año de *vacatio legis*. Teniendo en cuenta que la ley ha sido publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 13 de enero de 2000, su entrada en vigor se produce en fecha 14 de enero de 2001 (art. 5 CC, STS -Sala 3.<sup>a</sup>- de 21 de diciembre de 1987, que, a su vez, se apoya en otros muchos precedentes jurisprudenciales y en concordancia con el criterio mantenido en las Circulares 3/1995 y 1/1996, dictadas con ocasión de la entrada en vigor de la ley reguladora del Tribunal del Jurado y del CP).

En dicho momento entran igualmente en vigor los arts. 19 y 69 del Código Penal de 1995 y, asimismo, quedan derogados los arts. 8.2, 9.3, la regla 1.<sup>a</sup> del art. 20 -en lo que se refiere al número 2 del art. 8-, el segundo párrafo del art. 22 y el art. 65 del Código Penal de 1973.

