



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Instrucciones

DOCUMENTO ANALIZADO

Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.*

1. NORMAS INTERPRETADAS POR LA INSTRUCCIÓN

Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.

2. AFECTADO POR:

2.1 LEGISLACIÓN:

1. La LO 4/1992, modificó la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948), siendo ambas derogadas por LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los menores (Disposición Final Quinta).

2.2 JURISPRUDENCIA:

STC n.º 60/1995, de 17 de marzo de 1995

2.3 DOCTRINA FGE:

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.

3. EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

1. Tras la incorporación en 1990 a nuestro ordenamiento de la Convención de los Derechos de Niño de 20 de noviembre de 1989, la STC n.º 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional el art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948), haciendo necesaria la regulación de un proceso ante los Juzgados de Menores, amoldado a todas las garantías constitucionales. Dando respuesta a esa necesidad, la LO 4/1992, modificó la LTTM de 1948, dio nueva redacción a sus arts. 15 a 17 y 23 y dejó sin contenido los arts. 5, 12, 21 y 22. La LO 4/1992 atribuyó la dirección de la investigación y la iniciativa procesal al Ministerio Fiscal, de manera que quedase preservada la imparcialidad del juzgador, pudiendo sólo acordarse por el Juez de Menores medidas cautelares a instancia del Fiscal.
2. El texto refundido de la LTTM y la LO 4/1992, que la modificaba parcialmente, fueron derogadas por la Ley

Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *reguladora la responsabilidad penal de los menores*. Al quedar derogada toda la legislación que interpreta, el contenido de la Instrucción 1/1993 debe considerarse sin efecto, salvo en aquellos aspectos procedimentales que no se opongan a lo dispuesto en la LORPM, y en las directrices de la FGE sentadas en la Circular 1/2000 FGE y posteriores Circulares, Instrucciones y Consultas de la FGE.

FICHA ELABORADA POR LA UNIDAD COORDINADORA DE MENORES DE LA FGE

TEXTO DE LA INSTRUCCIÓN ANALIZADA

Instrucción 1/1993, de 16 de marzo, *sobre líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el Procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio*.

A). INTRODUCCION Y PRINCIPIOS INSPIRADORES

En aquellas ocasiones en que la ofensa a un bien jurídico tutelado penalmente tiene por sujeto del injusto a un menor de edad, es comprensible que el ordenamiento jurídico acomode su respuesta a la verdadera culpabilidad predicable de aquél.

Esta actitud jurídico-institucional frente al injusto protagonizado por el menor no es, desde luego, novedosa. Sin perjuicio de los diversos enfoques con que aquella peculiar respuesta ha tratado de ser justificada, lo cierto es que un repaso por el derecho penal histórico evidencia la fijación de una edad -sujeta, eso sí, a sensibles fluctuaciones- que representa una barrera infranqueable para la aplicación de los instrumentos convencionales de que el derecho punitivo se vale para la consecución de sus fines.

El Código Penal de 1822 ya apuntaba en su art. 23 que no podía ser considerado como delincuente ni culpable «en ningún caso el menor de siete años cumplidos». Para los mayores de esa edad, pero menores de diecisiete, el mismo precepto arbitraba una suerte de anticipado juicio de imputabilidad, de tal manera que «se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales». La decisión que se adoptara en relación con esa capacidad de discernimiento era determinante, bien de una medida de corrección de naturaleza familiar, bien del internamiento por el tiempo que se creyera conveniente, «con tal de que nunca pase de la época en que cumpla los veinte años de edad».

El Código Penal de 1848, en su art. 8.2 reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de 9 años, respecto del que se presumía, con carácter *iuris et de iure*, su falta de imputabilidad. Tal exención era predicable, también, del mayor de 9 años y menor de 15, si bien condicionada a la ausencia del discernimiento. A tal fin, el Tribunal debía hacer «declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararlo irresponsable». Tal criterio fue incorporado a los textos de los Códigos Penales de 1850 y 1870.

Fue el Código Penal de 1928 el que, en el art. 55, bajo la rúbrica genérica «De la irresponsabilidad» -Cap. II, del Título II, Libro I- y entre las «causas de inimputabilidad», acogió la del menor de 16 años, previendo en su art. 855 una fórmula procesal alternativa para el enjuiciamiento de menores en aquellos territorios a los que no

alcanzara la jurisdicción de los Tribunales Tutelares.

La fijación de la edad de 16 años que efectuara el Código Penal de 1928, ha pervivido hasta nuestros días, no añadiendo los Códigos que siguieron a aquél ninguna novedad mencionable, como no sea la imposición que el art. 8.2 párrafo 3 del Código de 1932 hacía al órgano decisorio cuando le exigía tener «siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido».

La necesidad de un tratamiento diferenciado para el menor que atenta contra los bienes jurídicos que socialmente se reputan merecedores de protección reforzada, no es cuestionada, Las variaciones han surgido, sobre todo, a la hora de explicar el por qué de la exención.

Desde el enfoque más tradicional, la imputabilidad venía siendo entendida como capacidad de conocer y querer. Sin embargo, la simple aproximación a algunas formas de delincuencia juvenil en que aquellas notas pueden estar bien presentes, obligan a un replanteamiento del sustento teórico sobre el que apoyar la ausencia de culpabilidad en el menor, que no puede hacerse depender, en exclusiva, de su discernimiento.

Concepciones más recientes, suelen catalogar como elementos definitorios del juicio de imputabilidad la capacidad de comprensión de lo injusto y la capacidad de autodeterminación, esto es, la aptitud para dirigir las propias actuaciones conforme a aquel entendimiento. Como quiera que en el menor falta la capacidad de comprensión del alcance ilícito de la conducta que despliega y, para el caso de que sí capte la relevancia ilícita de su acto, faltaría la capacidad de autodeterminación, es preciso excluir la afirmación de su culpabilidad.

Sin embargo, hoy más que nunca, reconociendo la validez general de esta concepción acerca de la capacidad de culpabilidad, se hace necesario indagar un fundamento renovado que haga más aprehensible la inimputabilidad del menor y la aplicación a éste de un proceso diferenciado.

Desde una visión de la culpabilidad basada en la afirmación del libre albedrío, puede admitirse sin objeciones la fijación de la frontera de la imputabilidad en la capacidad de autodeterminación. Las dificultades de todo orden para llegar a proclamar ese libre albedrío, sugieren una revisión que, por otra parte, va a condicionar conclusiones interpretativas de singular importancia a la hora de abordar la aplicación de la ley y las medidas que ésta regula.

Sólo desde la concepción de la norma penal como un instrumento motivador para el respeto a los bienes jurídicos que socialmente se estiman dignos de una más intensa y eficaz protección, puede explicarse la ausencia de culpabilidad del menor. La norma penal encierra en sí un mensaje motivador dirigido a obtener la protección de los bienes tutelados penalmente. Sin embargo, el derecho penal parte de la consideración incontestable de que el sujeto del injusto menor de dieciséis años no es un sujeto motivable mediante la norma penal. El menor de edad penal no puede llegar a conocer, en su verdadera dimensión, el significado imperativo insito en la Ley penal.

Resulta indiscutible que, en ocasiones, las dificultades de desenvolvimiento y la hostilidad propia de determinados entornos sociales pueden provocar un desarrollo -sólo aparente- de la capacidad del menor para

relacionarse en el medio comunitario en el que se ve obligado a vivir. Ello puede traer consigo una mayor conciencia en aquél acerca de cuáles sean los valores jurídicos cuya ofensa se reputa socialmente indeseable.

Sin embargo, ello no es obstáculo para la predicada ausencia de imputabilidad por incapacidad de motivación normativa. Y es que el mensaje motivador que podría llegar a captar ese menor le llegaría, por su propia edad, distorsionado, con sensibles alteraciones respecto de su verdadera dimensión. El sistema penal no puede dar la espalda a tal circunstancia, pues esa inferior capacidad de culpabilidad ha de tener un adecuado reflejo a la hora de enjuiciar el comportamiento del menor de edad.

La norma no puede desplegar la intensidad motivadora que, de ordinario, encierra.

En definitiva, esa deformada motivación que pudiera apreciarse en la conducta injusta del menor no podría ser utilizada lícitamente por un Derecho penal encaminado a limitar su función preventiva en base al módulo democrático del grado de exigibilidad que la sociedad considera tolerable. Y es que la falta de escándalo social ante la exculpación del menor se debe precisamente a que la sociedad comparte el criterio político criminal según el cual no es lícito castigar a quien no actúa en condiciones de una motivación normal.

Tal forma de concebir el presupuesto de la imputabilidad del menor condiciona el proceso de aproximación exegética al nuevo texto legal. Es ineludible, pues, despojarse de cualquier prejuicio retributivo a la hora de indagar el verdadero sentido de numerosos preceptos de la LO 4/1992 EDL 1992/15535. Así, sin perjuicio de ulteriores precisiones, la nueva redacción del art. 17, expresiva de las medidas que puede acordar el Juez de Menores, no exige recordar que tales medidas no persiguen, en modo alguno, retribuir, reprochar o sancionar. Ni siquiera buscan, de forma más o menos velada, proteger a la colectividad del menor irrespetuoso con los bienes jurídicos ajenos. La amonestación, el internamiento, la libertad vigilada y el resto de medidas adoptables por el Juez sólo tienen sentido desde el esfuerzo social por lograr la normalidad del menor frente al proceso de motivación del precepto penal. El menor que ha colmado el injusto típico no ha captado el anuncio imperativo de la norma y hace aconsejable, mediante el estímulo representado por alguna de aquellas medidas, ser orientado hacia el respeto a los bienes ajenos.

Por la misma razón, carecería de sentido interpretar el catálogo de medidas del citado art. 17 como una escala gradual de sanciones que hubiera de ser recorrida en sentido ascendente o descendente en función de las circunstancias que hubieran presidido la comisión del injusto. Los Fiscales han de ver en los siete apartados que integran aquel precepto distintas medidas, de diversa naturaleza, de variada ejecución pero de idéntica finalidad: motivar al menor en la respetuosa integridad de los bienes jurídicos ajenos objeto de especial tutela.

Desde tal punto de vista, también habrá de ser resuelta la duda acerca de si tales medidas pueden ser aplicadas de forma simultánea, o si pueden ser sustituidas a lo largo del proceso de ejecución. Todo aquello que, debidamente respaldado por los informes técnicos, pueda contribuir a un mejor logro del fin motivador perseguido, ha de ser reputado como aceptable por el Ministerio Fiscal. Se trataría, en definitiva, de incorporar al proceso interpretativo la sugerencia del Tribunal Constitucional cuando justificó la necesidad de «admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderar las circunstancias personales y sociales del menor» (sent. TC 36/1991). La misma

discrecionalidad es alentada por la Reglas mínimas de las Naciones Unidas -reglas de Beijing- que, en su apartado 6. 1, propugna «un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales» y ello «habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores».

Idéntico talante interpretativo ha de presidir la búsqueda de un sentido jurídico a la afirmación hecha por la Disposición adicional segunda de la LO 4/1992 cuando señala que «en lo no previsto expresamente en esta Ley, serán supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Código Penal». Tal afirmación normativa -de más que dudoso acierto en su formulación- sólo cobra verdadero significado si se entiende como un deseo legislativo de extender al menor el cuadro de garantías jurídicas que la ley penal y procesal acogen en su articulado.

Repárese, además, que la simple mención del Código Penal produce el efecto de expandir en el sistema normativo aplicable al menor las garantías derivadas del principio de tipicidad como manifestación genuina del principio de legalidad. Los perfiles del injusto típico que pueda cometer el menor sólo pueden ser indagados a la vista de la tipicidad proclamada por el propio Código Penal. De ahí que no sea posible buscar peculiaridades típicas en la ofensa desencadenada por la conducta del menor. El principio de legalidad, de indiscutible proyección en el sistema jurídico llamado a enjuiciar a aquél, no debe conocer matices cuando de lo que se trata es de concretar el hecho injusto protagonizado por el menor. Se aparta aquí el nuevo texto del criterio previgente en el que el hecho que podía provocar la intervención de la justicia de menores podía estar integrado, no ya por delitos y faltas calificados como tales por el Código Penal, sino por infracciones «consignadas en las leyes provinciales y municipales» e incluso conductas no tipificadas penalmente (cfr. art. 9. 1, b y c de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948).

La llamada aplicación supletoria que la misma Disposición Adicional hace, respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reaviva el interrogante acerca de si el sistema de enjuiciamiento diseñado por la LO 4/1992 responde a la naturaleza de un verdadero proceso con todas las inferencias que ello implica. La promulgación de la Ley Orgánica 6/1985, de 6 de Julio, del Poder Judicial, concibió un órgano genuinamente jurisdiccional para el examen de los hechos injustos realizados por menores (art. 26). Tal idea, unida al análisis de los textos internacionales que proclaman los derechos de la infancia, permiten concebir el proceso del menor como un verdadero proceso, con variantes y especialidades, pero rodeable, eso sí, del círculo de garantías aplicables a todo sujeto del injusto que es llamado a enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/91, de 14 de febrero -véanse también la sentencia 71/1990 y los autos 473/87 y 952/88- y de manera inequívoca se decanta el propio legislador que a la hora de buscar la rúbrica adecuada al nuevo texto, no dudo en emplear términos tan genuinamente procesales como los de «competencia y procedimiento». Con idéntica explicitud, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), en su apartado 7, imponen a los Estados firmantes el compromiso de que «en todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas...», haciendo lo propio el apartado III. 8 de la Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

La conclusión a la que se llega en torno a la naturaleza procesal del cauce dispuesto por la LO 4/1992 no

legítima, sin embargo, una actitud interpretativa de los Sres. Fiscales que condujera a un rígido automatismo en lo que pudiera reputarse el sometimiento procesal del menor por todo hecho injusto. Los textos internacionales reiteran de manera insistente algo que no puede ser olvidado. Y es que el proceso, por más exigencias garantistas que lo acompañen, no deja de ser un mal para quien puede llegar a carecer, en ocasiones, de la capacidad precisa para captar su genuina dimensión.

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sugieren la búsqueda de una respuesta óptima al hecho injusto realizado por el menor, cuando fuera posible, a extramuros del proceso. Así, en la regla 11, se aconseja examinar «la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes (...) para que los juzguen oficialmente». Se añade que tal solución podrá ser adoptada por autoridades no jurisdiccionales «sin necesidad de vista oficial». Con la misma claridad se expresa la ya citada Recomendación núm. R(87) 20, que insta a los Gobiernos de los Estados miembros a revisar su legislación y su práctica con miras a una «desjudicialización», alentando «el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación a nivel del órgano de prosecución» (apartado II). Con mayor fuerza jurídica, si cabe, el art. 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados miembros a examinar, «siempre que fuera apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardas jurídicas».

Sólo desde esta óptica son interpretables las dudas que pudieran surgir en torno a la posibilidad -con amparo en el nuevo art. 15 de la LO 4/1992- de un archivo de plano acordado por el Fiscal como, más adelante, se razona; o el alcance de la petición de «dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones» a que se refiere el apartado 6, párrafo 2 del art. 15.

Como es fácilmente deducible, el tope de edad fijado por el art. 9,2 del Código Penal representa una frontera que no admite excepción. Como en otras ocasiones acontece -no sólo en el ámbito del derecho penal- ello encierra un inevitable grado de convencionalismo que, sin embargo, se ve recompensado por su aportación a la realización de la seguridad jurídica como valor constitucional.

Para el cómputo de los dieciséis años, edad que determina que el menor alcance un status procesal situado a extramuros de la jurisdicción de menores, no ha de ser aplicable el criterio que, para la determinación de la mayor edad, se establece en el art. 315 del Código Civil, según el cual, a estos efectos, «se incluirá completo el día del nacimiento». Ello supondría, según anuncia la doctrina mayoritaria y acoge el Tribunal Supremo, una interpretación en perjuicio de quien tiene a su favor los principios inspiradores del derecho penal (cfr. sent. TS 14 de enero de 1988, ponente Morenilla Rodríguez). Se impone, en consecuencia, un criterio de delimitación de la edad momento a momento. Para ello, en aplicación de lo previsto en el art. 375 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se traerá al expediente inscripción de nacimiento solicitada del Registro Civil. En la medida, en que la certificación literal es expresiva de la hora en que se produjo el alumbramiento, el contraste de ésta con el momento de comisión del hecho injusto, permitirá una conclusión acertada acerca de la verdadera edad del menor. Lo que ha de quedar fuera de toda duda es que las dificultades interpretativas que puedan alcanzar a los Sres. Fiscales sólo podrán ser solventadas en favor del menor.

Pero no termina ahí la incidencia del transcurso del tiempo en los criterios de aplicación de la LO 4/1992. Así, es necesario dar respuesta a la posibilidad, no descartable, de que el descubrimiento de la comisión de un hecho ilícito por parte de un menor se produzca cuando éste haya cumplido los dieciséis años y, en consecuencia, se halle fuera de la jurisdicción de menores. Ciertamente es que de la respuesta a tal interrogante puede depender, en ocasiones, la impunidad de hechos delictivos especialmente graves. Sin embargo, el proceso diseñado para el enjuiciamiento del menor, las medidas tendentes a lugar su motivación en el respeto a los bienes jurídicos ajenos, sólo se explican y justifican por y para el menor. Cuando éste ya ha dejado de ser tal, carecen de todo fundamento. De la misma manera que se distanciaría del sentido común un proceso en un Juzgado de Menores para un menor que ya no existe, carecería de lógica un sumario en un Juzgado de Instrucción por hechos cometidos, durante la minoría de edad penal, por quien ya supera los dieciséis años.

La dificultad advertida pone en evidencia, una vez más, el tributo al insustituible convencionalismo legal consistente en fijar una edad llamada a actuar de frontera jurisdiccional. En cualquier caso, ese descubrimiento a posteriori del injusto cometido por el menor no permitirá un examen retroactivo del hecho. Nada impide, sin embargo, que quien se sienta perjudicado por ese comportamiento del menor que va a quedar ayuno de la adecuada respuesta jurisdiccional, pueda instar en vía Civil la reparación del perjuicio con fundamento en el art. 20 del Código Penal.

Lo que sí resulta evidente es que esa imposibilidad de enjuiciamiento extemporáneo por el Juzgado de Menores no puede ser contemplada desde la simplista óptica de la impunidad. Los principios que explican esta peculiar jurisdicción, la necesidad de descartar cualquier atisbo retribucionista, impiden una actitud de inadmisibles frustración por el hecho no enjuiciado.

Con idéntica línea interpretativa han de ser resueltos los problemas que pudieran plantear la comisión de un delito continuado en el transcurso de cuya ejecución se alcanza la mayor edad penal. Sólo los hechos cometidos a partir de ese momento podrán ser tenidos en cuenta para la individualización de la conducta a enjuiciar.

Es preciso, sin embargo, no dar la espalda a la existencia de un precepto cuya vigencia no se ha visto afectada, de forma expresa, por la entrada en vigor de la LO 4/1992. Se trata del art. 18 del Texto Refundido que permite una prolongación temporal de alguna de las medidas adoptadas en relación con un menor enjuiciado y que, durante su aplicación, se sitúa fuera del tope de los dieciséis años señalados como barrera jurisdiccional. Su existencia puede proporcionar un valioso criterio interpretativo para casos límites en los que una estricta aplicación de la nueva filosofía legislativa pueda conducir a soluciones de difícil aceptación social.

·B). ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL ANTES DE LA INICIACION DEL EXPEDIENTE: VALORACION DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y DECISIONES A ADOPTAR

1. Las Infracciones hábiles para iniciar expedientes

En la decisión sobre tramitación o no de un expediente han de valorarse detenidamente los hechos y la situación personal y social del menor, particularmente si el menor ha realizado con anterioridad otras infracciones

delictivas.

La apertura de expedientes por supuestos no especialmente graves, cuenta con el argumento central de que deben abarcarse todos los hechos que pongan de manifiesto la peligrosidad del menor, sin olvidar que de ese modo existe un ajuste al principio de legalidad. Pero hay otras razones particulares.

El art. 9.1, de nueva redacción, atribuye la competencia a los Jueces de Menores para conocer de los hechos tipificados como delitos o faltas en las leyes penales. Y la regla 1.ª del art. 15 dice cuál es el objeto de la denuncia: los hechos comprendidos en el art. 9.1. No sólo, los hechos graves han de integrar el contenido de los expedientes.

Aparte las normas citadas, en otras se pondera expresamente la alternativa gravedad-no gravedad, con especiales efectos.

Así, la gravedad del hecho es circunstancia que condiciona la adopción de la medida cautelar de internamiento (art. 15,5, párrafo segundo). Y la poca gravedad de los hechos, es uno de los datos a que deberá atender el M.F. para proponer la conclusión de las actuaciones (art. 15.6, párrafo segundo).

En definitiva, debe aceptarse que los hechos no graves son hábiles para la iniciación de expedientes. No contamos con textos explícitos en la nueva Ley capaces de conducir a una interpretación restrictiva que condicione la apertura de expedientes a la realización de hechos especialmente graves.

2. Interpretación y análisis de la regla 1.º del art. 15.

a) Imposibilidad de incoar diligencias previas

Según se desprende del texto de la Ley el Ministerio Fiscal no siempre está obligado a iniciar expediente ante una denuncia, sino que «acordará, en su caso la incoación del oportuno expediente» (art. 15,1.º). El inciso «en su caso», sólo se entiende pensando que habrá ocasiones en que el M.F. pueda, por diversos motivos, no incoar expedientes. Y un teórico soporte procesal de esa opción serían las diligencias previas a la incoación, o diligencias relativas a menores, semejantes a las tradicionales diligencias indeterminadas de la praxis judicial. La apoyatura legal no sólo no es consistente sino que no existe. Mas pese a ello, en la nueva práctica están introduciéndose. En favor de su tramitación se ha sostenido lo siguiente:

Si se incoasen expedientes en todos los casos siempre sería necesario un examen del menor por parte del Equipo Técnico (art. 15,4), aún en los supuestos en que desde el principio se apreciara que la nimia entidad de los hechos no aconsejara la intervención de la jurisdicción de menores, debiendo agregarse que aquel informe, en buena medida, supone una injerencia en la intimidad del menor y su familia, desproporcionada ante hechos de poca entidad:

Por otra parte, de iniciarse expedientes siempre, los Equipos Técnicos se verían colapsados con la consiguiente repercusión en la agilidad indispensable a esta jurisdicción. Es preferible la no intervención en muchas ocasiones, a una intervención tardía, siempre antieducativa y distorsionadora.

Tanto el espíritu de la Ley como las normas del procedimiento se armonizan con las diligencias previas, por lo que el principio de intervención mínima ha de tener un mayor peso en esta jurisdicción que en cualesquiera otras y el juego del principio de oportunidad ha de ser también amplísimo.

b) Iniciación del expediente, diligencias informativas y archivo

La solución precedente debe ser tachada de irregular. El Fiscal está sujeto a la más estricta legalidad, y este tipo de diligencias, indeterminadas y siempre previas a un eventual expediente, la vulneran. Deben, pues, proscribirse. Criterio que no es nuevo en la doctrina de la Fiscalía del Tribunal Supremo. La Circular 2/1969, de 2 de mayo, calificaba a las diligencias previas al verdadero proceso, de inadmisibles por su carácter ilegal y clandestino. Lo que sin embargo no significa que en la vigente legislación no exista ante una denuncia al Ministerio Fiscal más alternativa preliminar que el archivo directo o la incoación del expediente. Hay, en tales casos, que tomar nota del origen de la denuncia y de la posibilidad de un archivo no automático. A estos puntos se dedican las reflexiones que siguen.

Si la denuncia procediera de quienes por razón de sus cargos hubieren tenido noticia de una infracción penal, el M.F. «acordará, en su caso, la incoación del oportuno expediente» (art. 15, 1.ª, inciso primero). Veamos cuál sea el significado de la expresión «en su caso». En una primera visión da a entender que no a toda denuncia ha de subseguir la incoación, porque «en su caso» es expresión hipotética o condicional, opuesta a «en todo caso» o a «en cualquier caso». Trasladados los términos a un plano jurídico, quiere decir que si el M.F. considera que los hechos objeto de la denuncia no constituyen desde luego infracción delictiva, procederá de plano a su archivo, al modo previsto expresamente en el art. 269 de la L.E.C. para las denuncias recibidas por el Juez de Instrucción y en los arts. 785 bis de la L.E.C y 5 del Estatuto del M.F. para el propio Fiscal, y sin necesidad de una especial motivación paralela a la requerida para la desestimación de la querrela en el art. 313 de la L.E.Cr., porque en el procedimiento de la Ley Orgánica 4/1992 no cabe el ejercicio de acciones por particulares (art. 15, regla 2.ª, último inciso).

¿Las denuncias provenientes de particulares pueden tener como destino directo inmediato el archivo? Así debe ser. Pero en su literalidad pura, la Ley distingue entre las procedentes de personas que conozcan de los hechos por razón de sus cargos y las demás; y así como para las primeras el acuerdo de incoación es condicional («en su caso»), para las que tengan otro origen, el último inciso del párrafo primero de la regla 1.ª, no contiene el giro «en su caso», estableciéndose que «igual acuerdo adoptará el Fiscal cuando tenga noticia del hecho por denuncia». Y el acuerdo al que se remite es al de incoación. A pesar de ello la falta de precisión y claridad no debe dar lugar a tratamientos procesales diferentes para las denuncias según su origen. Pero es que, además, en el pasaje citado del art. 15, regla 1.ª, se equipara la denuncia del particular al M.F. con el conocimiento directo por el M.F. de la *notitia criminis* adquirido «por publicidad» del hecho. Se trataría de una iniciación *ex officio*. ¿Pero el conocimiento por publicidad del hecho determina automáticamente la apertura del expediente? Aquí lo cierto es que las alternativas no son denuncia, archivo, incoación, sino solo incoación-no incoación; si entiende el M.F. que los hechos notorios son delictivos incoa, y en otro caso se abstiene de procedimiento alguno, por lo que no puede haber en esta fase de archivo.

Así en el momento de valorar la denuncia la actitud del Ministerio Fiscal será la siguiente. Si el hecho reúne los elementos indispensables para su concreción típica y el autor está determinado, procede la incoación del expediente. Mas si no se halla suficientemente justificado, parece oportuno que el Ministerio Fiscal en lugar de archivar decida la apertura de diligencias informativas autorizado por las situaciones análogas que se prevén en los arts. 5 del Estatuto y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con su resultado incoar o archivar.

Cuando la persecución de los hechos delictivos denunciados esté sujeta a requisitos de procedibilidad en el ordenamiento penal, como sucede, entre otros casos, en los daños culposos (art. 563 del Código Penal), la denuncia capaz para desembocar de forma inmediata en la apertura del expediente ha de provenir de los especialmente legitimados (arts. 563 y 602 del Código Penal).

c) Notificación del acuerdo de archivar las denuncias

Hay acto procesal en la resolución de conclusión por archivo impositiva, del expediente, por lo que los interesados (denunciante, eventuales perjudicados) deben ser destinatarios de un acto de comunicación: la notificación del acuerdo de archivo. Esta notificación es obligada tanto en el art. 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en el 5.º del Estatuto, para los casos en que el M.F. entienda que los hechos denunciados no constituyen delito haya o no practicado diligencias de investigación. Aunque sobre este punto la Ley Orgánica 4/1992 guarda silencio no debe olvidarse que para el procedimiento que instaura son supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional segunda). El contenido del acto se reducirá a expresar la decisión adoptada, con la eventual advertencia del derecho que asiste al denunciante o perjudicados de ejercitar las acciones civiles nacidas del hecho en ese orden jurisdiccional. Además en cuanto resolución que pone fin a un procedimiento es obligado notificarlo a las personas que puedan verse afectadas en armonía con lo dispuesto en el art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

d) Legitimación para dictar el auto ejecutivo, derivado del archivo de las actuaciones, previsto en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor

Consideración aparte merece el archivo cuando se trate de hechos cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor, y en particular, quien está legitimado para dictar el auto ejecutivo.

Lo normal en las denuncias que llegan al MF por hechos en que están implicados menores, es que procedan del Juzgado de Instrucción, en donde, tras el análisis I atestado, se ha advertido la menor edad penal de los autores (art. 789,5,3.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). En tales casos es el Juez de Instrucción quien ha debido dictar el auto ejecutivo prevenido en el art. 10 de la Ley de 24 de Diciembre de 1962; y si no constare se remitirá testimonio de todas las diligencias recibidas a esos efectos.

Pero las denuncias de tal naturaleza han podido llegar directamente a Fiscalía, sin pasar por el Juzgado de Instrucción. ¿Quién está legitimado en este supuesto para dictar el auto ejecutivo? El MF, desde luego, no. Por razones conceptuales, tampoco el Juez de Menores. Excluidos el MF y el J de M. quedan aún dos opciones. Una es entender que no debe dictarse título ejecutivo, lo que no se armoniza con el art. 10 de la Ley de 24 de Diciembre de 1962 en el que el auto procede siempre que se archiva provisional o definitivamente un

procedimiento de orden penal incoado por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad Civil. La otra solución es remitir testimonio (por el MF o por el J de M según el momento en que se acuerde) al Juez de Instrucción para que proceda conforme a lo dispuesto en el art. 10, bien porque en la imprudencia automovilística cometida por menores de edad aparezca cierta negligencia por parte de los padres o guardadores, o bien para que los Jueces de Instrucción se pronuncien sobre esa posible responsabilidad por imprudencia de las personas mayores de edad penal y en su caso actúen en armonía con el art. 10.

e) Modificación del acuerdo de archivo

No hay obstáculo legal para modificar la decisión de archivo, ya se haya acordado de modo directo o en diligencias informativas. Su causa será la aparición de nuevos elementos probatorios sobre la identificación del autor o reveladores de la persistencia del menor en su conducta, como es el caso de diligencias archivadas por la escasa entidad de su objeto al que siguen nuevas infracciones. La reiteración de las conductas infractoras puede ser decisivo para optar por la iniciación de un expediente. La duda que puede plantearse es si se reabren las actuaciones archivadas uniéndose a ellas la nueva denuncia, siguiéndose tramitación conjunta, o sí el expediente abarcará solo los hechos nuevos. Sin excluir en absoluto la posibilidad de acumulación (especialmente cuando haya transcurrido poco tiempo entre una y otra conducta), lo normal será la apertura del expediente por los hechos nuevos, aunque es conveniente unir a él copia de las primeras diligencias archivadas para que pueda valorarse a la hora de determinar la necesidad de una medida de reforma.

3. La alternativa archivo-apertura de expediente con o sin imposición de medidas ante la concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la pena

El juego de la prescripción, de las causas de inculpabilidad o de las excusas absolutorias del Derecho penal común, plantea problemas si se contemplan desde la perspectiva de la jurisdicción de menores. Idealmente, si las medidas de la Ley orgánica 4/1992 se conciben como formas de corrección del menor, establecidas en su interés y beneficio, y no como penas, lo procedente sería instar la apertura y la imposición de las medidas previstas. Salvo que se configure el Derecho de menores como Derecho penal, esto debe ser así al no existir razones para trasladar al derecho tutelar de menores las causas excluyentes de la pena o algunas de las causas de inculpabilidad o de extinción de responsabilidad, propias de las penas pero no de medidas de reforma de menores. Las excusas absolutorias excluyen la pena, pero al menor nunca se le impondrá una pena sino una medida de carácter educativo y reformador cuya necesidad no se excluye porque concurra una excusa absolutoria. El mismo razonamiento es posible hacer respecto a las causas de inculpabilidad -error de prohibición, por ejemplo- o de la prescripción, sobre todo cuando las infracciones sean constitutivas de faltas. Cosa distinta puede ser que el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción haga desaconsejable la adopción de cualquier tipo de medidas, pero sin estarse a la rigidez de los plazos del Código Penal: habrá casos en que sin haber transcurrido esos plazos no será procedente desde el punto de vista educativo la adopción de medidas y, a la inversa, habrá otros en que más allá de los plazos legales sea aconsejable adoptar alguna medida.

Lo que precede es impecable en un plano técnico jurídico pero no se compadece del todo con la filosofía que

implícitamente parece presidir la Ley, dada la remisión que como derecho supletorio hace aquélla al sistema de garantías del Código Penal (disposición adicional segunda). En consecuencia, serán de aplicación las normas penales comunes sobre excusas absolutorias, causas de inculpabilidad o prescripción.

C). APERTURA Y DESARROLLO DEL EXPEDIENTE HASTA SU CONCLUSION

1. Trámites y actuaciones inmediatas a la apertura

a) ¿Expedientes pormenor o expedientes por hecho?

Los criterios de la Ley orgánica 4/1992 parecen chocar en la práctica con el sistema establecido en el Reglamento para la ejecución de la Ley de Tribunales Tutelares de menores (art. 159) de iniciar un expediente por menor, ya que la celebración de varias audiencias o el seguimiento de varias investigaciones por los mismos hechos viene repudiado por evidentes razones prácticas. Pero aceptar el sistema de un expediente por hecho entorpece la tarea y elimina la posibilidad de conocer datos esenciales para decidir sobre la medida a solicitar más adecuada. Debe recordarse que en la jurisdicción de menores no se trata de enjuiciar conductas para establecer la sanción proporcionada -concepción penalista del derecho tutelar de menores- sino de valorar la personalidad del menor y sus exigencias educativas y formativas. Por ello se entiende, como solución más ajustada, que en las Fiscalías ha de seguirse un sistema mixto. El expediente por hecho se impone por razones de operatividad (piénsese que, al final, los expedientes se remiten a los Juzgados de Menores, lo que impide el régimen de expediente por menor), más sin perjuicio de tener en cuenta los antecedentes de cada menor, y de que, en su caso, una vez que se remitan las diligencias practicadas por el Fiscal al Juzgado, se solicite de éste que siga el criterio de expediente por menor y las una al expediente que el menor pueda tener abierto ya en el Juzgado.

En la práctica de muchos Juzgados de Menores se sigue este sistema, atenuado por mecanismos que se consideran válidos al armonizar las ventajas de uno y otro. En efecto, continúa incoándose un expediente por menor, y los nuevos hechos que cometa el menor se acumulan al expediente previo. Expediente por hecho pero habrá acumulación ante nuevas conductas delictivas del mismo menor, formando un expediente personal. Es preferible la acumulación para la finalidad educativa, para el enfoque global de la conducta y para mejor valorar la respuesta a los hechos. En la práctica puede plantear problemas, en relación con menores que cometen constantemente infracciones típicas, el momento final de la acumulación. De una parte, podría decirse que antes de acudir a la continuada o permanente acumulación de hechos, es mejor pedir el archivo al presentarse la medida como ineficaz; pero no puede dejarse de considerar que toda medida tiene finalidad educativa y que buena parte de los hechos llevan aparejada responsabilidad civil. De ahí el que haya de partirse de la apertura por la totalidad y de que el momento procesal último para la acumulación debe situarse inmediatamente antes de la audiencia. En estos casos contamos con otra cuestión, la del límite de ejecución de las medidas impuestas, para lo que podrían aplicarse por analogía los arts. 70 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si son varios los menores implicados y todos o más de uno cuentan con esos antecedentes previos, el expediente más antiguo atrae el conocimiento de los hechos, sin perjuicio de que una vez recaída resolución deba remitirse testimonio de ella para constancia en expedientes que puedan seguirse en otros Juzgados a

alguno de esos menores. De igual modo, sería conveniente que junto a la resolución se enviaran los informes sobre el menor que hayan podido elaborarse con motivo de los nuevos hechos, así como que de la ejecución de las medidas duraderas se encargará el Juez que conozca el expediente principal.

b) Participación al Juzgado de Menores de la incoación del expediente

De la apertura del expediente ha de darse cuenta inmediata, mediante el oportuno parte, al Juzgado de Menores (art. 15. Regla 1.^a). Es importante que en él conste la fecha de entrada de las actuaciones en Fiscalía, los datos de filiación de los menores implicados (con la mayor extensión posible para permitir localizar con facilidad la existencia de antecedentes que puedan vincular), así como una mención, al menos genérica, de la infracción atribuida al menor designándola con su nombre penal. La recepción del parte por el Juez de Menores dará lugar a la iniciación de sus actuaciones. Cuando se trate de un expediente iniciado en el Juzgado de Guardia en el que se decida solicitar el internamiento, el parte de incoación puede acumularse a la propia solicitud de internamiento, funcionando esta también como dación de cuenta de la apertura del expediente.

c) Partes procesales

Está expresamente excluida la intervención de actores en el proceso distintos del Fiscal, «En este procedimiento no cabrá el ejercicio de acciones por particulares», dice el último inciso de la regla 2.^a del art. 15. En consecuencia, las partes son el Fiscal y el menor y solo ellos tienen capacidad para realizar actos procesales y legitimación para recurrir.

Aunque en alguna ocasión parece que la Ley Orgánica 4/1992 reconoce capacidad procesal al menor (en la conformidad con la medida solicitada de la regla 16 del art. 15 no se prevé la ratificación del representante legal; conforme a la regla 6.^a de ese mismo precepto el menor puede ir acompañado a la comparecencia de abogado de su elección), de su lectura conjunta se obtiene claramente la conclusión contraria, ya que el menor debe estar asistido por sus representantes legales, quienes al actuar en su nombre cumpliendo su capacidad (en la designación de abogado, reglas 5.^a y 12.^a del art. 15 en la asistencia a la comparecencia, regla 6 y a la Audiencia regla 14.^a) son los legitimados para interponer recursos. Aunque la patria potestad esté compartida bastará con que el acto o la comparecencia sea realizado por uno de los titulares (art. 156 del Código Civil). Si el menor en un momento determinado careciere de representación legal el Reglamento de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores le habilita para interponer por sí recursos (art. 46).

Los supuestos de contraposición de intereses entre el menor y sus representantes legales («el padre y la madre» dice el art. 163 del Código Civil distinto «al padre o la madre» del anterior art. 165), como sucederá cuando aquellos hayan sido las víctimas, la solución legal es el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 del Código Civil); mas como los trámites del procedimiento que concluyen con la designación del defensor (art. 1994 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no parecen compatibles con la celeridad de los procedimientos de la Ley orgánica 4/1992, puede optarse por la vía de designar abogado de oficio confiriéndole la condición de defensor judicial a los meros efectos del proceso.

d) Las medidas cautelares

a') Cuestiones generales

El párrafo primero de la regla 5.^a del art. 15 expone que «el Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor».

Esta regla suscita varias cuestiones, de entre las que destacamos estas:

- El M.F. puede solicitar las medidas «en cualquier momento». Sus *dies a quo* deberá coincidir con la apertura del expediente. Pero el día final de ese cualquier momento se halla totalmente indeterminado. En cada caso el M.F. ponderará las circunstancias y la naturaleza de las medidas a solicitar.
- ¿Cuáles son las medidas que puede solicitar el M.F.? ¿Todas las que figuran como definitivas en la enumeración exhaustiva del art. 17? En interpretación literal, solo las que tengan como finalidad «la protección y custodia del menor», con lo que se excluye el internamiento en un Centro cerrado, porque tiene un tratamiento especial, condicionado a la concurrencia de determinadas circunstancias, razón por la que debe ser analizado por separado. También, por no ir encaminadas a la protección y custodia, las de amonestación, libertad vigilada, privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor y prestación de servicios en beneficio de la Comunidad.

¿Queda vinculado el Juez de Menores por la petición del M.F.? La solicitud de medidas sí es vinculante porque la norma dice «el Juez acordará», en tono imperativo. Otra cosa es si debe acordar las mismas medidas interesadas por el MF. Existe cierta discrecionalidad: «acordará las... que estime necesarias», de entre las pedidas por el MF. Más si el M.F. solicitare solo una medida parece que debe acordarse.

El posible incumplimiento reiterado de las medidas cautelares acordadas puede originar infracciones de desobediencia grave a la autoridad.

b') Detención e internamiento provisional en un Centro cerrado

El M.F. podrá ordenar directamente la detención preventiva (art. 5 del Estatuto) pero también los menores y esto es lo más frecuente, son puestos a su disposición por el Juzgado de Instrucción de guardia. Nada impide que el Fiscal, en uno y otro caso, acuerde internar detenido, al menor en Centros de acogida y reforma.

En conclusión, el M.F. puede acordar por sí mismo, sin intervención del Juez de Menores, el ingreso de un menor que haya sido puesto a su disposición en un Centro de reforma o de otra clase mientras dure el plazo de detención. El Juez de Instrucción en funciones de guardia es el competente para instruir diligencias de carácter preventivo, incluso el internamiento del menor, en los procesos de reforma de menores de acuerdo con el art. 55 del Reglamento para la ejecución de la Ley, aún vigente.

La solicitud de internamiento provisional habrá de ir acompañada de una copia de las actuaciones, a fin de que el Juez pueda valorar con precisión las circunstancias en que se funda la petición. El internamiento suscita cuestiones que al no estar resueltas directamente en la Ley es necesario aclarar.

- La normativa sí establece que lo dispuesto en el art. 15,5º párrafo segundo, alcanza solo a los internamientos en un Centro cerrado. Ello significa que los internamientos en Centros de régimen semiabierto o abierto se sujetan a la normativa del párrafo primero, regla 5.ª del art. 15.
- A la inversa de lo que ocurre para las demás medidas que actúan como cautelares, la de internamiento que pueda solicitar el MF para el menor no es vinculante para el Juez, dado que el precepto citado establece que el Juez «podrá acordar el internamiento» a la vista de la gravedad de los hechos, su repercusión y las circunstancias personales y sociales del menor. No sólo el acuerdo del Juez, sino también la petición del Fiscal de internamiento deberá construirse sobre las circunstancias que la Ley enumera, y de modo especial sobre «la gravedad de los hechos» que se erige en la causa primaria de la solicitud de internamiento, concepto sobre el que no es necesario ilustrar al MF dada su reconocida competencia en la materia remitida como en otras muchas.
- En orden a la duración de esta medida la Ley no especifica, limitándose a decir que «durará el tiempo imprescindible». Imprescindible ¿para qué? El internamiento, en cuanto provisional, está situado entre dos límites; en principio no puede exceder de un mes; más si la medida es ratificada antes de ese término, el internamiento confirmado lo será inicialmente por tiempo indeterminado. En estos casos el límite máximo sería el de la medida definitiva de internamiento, pero el prudencial es aquél que coincida con la celebración de la audiencia.

Para fijar la duración del internamiento provisional ha de seguirse un criterio restrictivo, que por su carácter excepcional se situará en 72 horas; y si no hay diligencias que practicar ni siquiera debe consumirse ese plazo de tiempo, a lo que obliga tanto el art. 520,1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el art. 17.2 de la Constitución Española.

- Conforme al precepto en análisis la medida puede ser ratificada o modificada antes del transcurso de un mes desde que fue acordada. Entendemos que el término modificación de la medida, equivale a extinción de la medida; es alzar el internamiento provisional acordando la puesta en libertad total, porque aunque se utilice la palabra modificar lo es en oposición a ratificar. Modificar no debe interpretarse como sustituir el internamiento en Centro cerrado por otros internamientos (en Centros abiertos o semiabiertos), pues en tal caso no habría notificación de la medida sino sustitución.

Según el tenor de la Ley el Juez no tiene que oír al menor para acordar el internamiento. Interpretación que no debe aceptarse: el Juez no deberá adoptar tan grave medida cautelar sin oír previamente al menor y a su representante legal. El MF solicitará ese trámite, más una audiencia que una declaración -ya efectuada ante el Fiscal- sin perjuicio de la posibilidad que tiene el Juez de aclarar algún extremo sobre los hechos y las circunstancias personales y sociales del menor, esenciales para la adopción de la medida. Desde este momento el menor ya internado, queda a disposición del Juez de Menores, único competente para controlar todas las incidencias del internamiento y para autorizar las posibles visitas.

Ya hemos dicho que a falta de ratificación el internamiento no puede prolongarse más de un mes. Mas obtener una resolución antes de que concluya ese plazo es realmente muy difícil, porque sumado el tiempo de los

trámites legales queda superado (diez días al menos para la realización del informe del equipo técnico; siete días para la celebración de la comparecencia; cinco días para el traslado del Abogado defensor; cinco días para decidir sobre la pertinencia de las pruebas y quince días para señalar la audiencia). De ahí el que en muchas ocasiones, si se entiende que debe prolongarse el internamiento hasta la audiencia, habrá que solicitar que se dicte nueva resolución prorrogando el internamiento hasta el momento de la audiencia.

En todo caso es indispensable realizar un seguimiento y control de los expedientes en que se haya acordado el internamiento provisional para agilizar su tramitación y si procediere pedir, en plazo, la ratificación o el alzamiento.

Desde que se acuerde el internamiento se nombrará al menor Abogado que le defienda si no lo designan sus representantes legales (art. 15,5.ª final). Al menor se le instruirá de los derechos que se reconocen a todo detenido en el art. 520,2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo intervenir su defensa incluso en el trámite en que el expediente no se haya remitido al Juez de Menores, por lo que el Ministerio Fiscal, a tales efectos, notificará la detención al Colegio de Abogados. A partir de la detención puede el menor promover un procedimiento de Habeas Corpus instado por su representación o por el MF. No existen dificultades durante la detención policial. Si ya ha pasado a disposición del Fiscal, la situación es paradójica pues el Fiscal a cuya disposición ha pasado el menor es quién ha de informar en el procedimiento promovido. No obstante, si se considera el escaso tiempo que, en principio, ha de transcurrir desde que el menor pasó a disposición del Fiscal, hasta que se resuelva sobre su situación, no es fácil que tenga lugar esta situación.

Otros problemas más prácticos deberán resolverse en el ámbito de las respectivas Fiscalías según su extensión y organización interna (en dónde estará el menor hasta la puesta a disposición y después de ella, actitud a adoptar ante posibles abstenciones de los Juzgados de Instrucción de guardia, etc.) pero garantizando siempre que haya un Fiscal localizado y disponible para atender de inmediato a las puestas a disposición de los detenidos, debiendo velar en todo momento el MF por el cumplimiento de las garantías legales, incluso con un plus de intervención, con independencia de la voluntad que pueda expresar el menor.

e) Informes del Equipo Técnico

Los informes suponen una muy valiosa e imprescindible ayuda que proporciona al MF y al Juez datos fiables para la toma de decisiones; a través de ellos ha de orientarse la medida más adecuada, se da contenido educativo a las medidas y se detectan situaciones de desprotección, lo que puede posibilitar otro tipo de medidas: las protectoras. Precisamente porque su información adquiere la categoría de esenciales al procedimiento, es necesario mantener continuos contactos con los profesionales que forman los Equipos Técnicos.

Para esta fase preliminar, sobre el informe del Equipo Técnico caven algunas consideraciones.

- ¿Cuándo debe solicitarse el informe por el M.F.? La regla 4.ª del art. 15 dice que «desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1.º del art. 9, el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe». Por tanto, la solicitud de informe no es anterior

a la incoación, sino coetánea o inmediatamente posterior al acto procesal de apertura del expediente; lo que se confirma, además, porque el destino inmediato del informe elaborado, es el Juzgado de Menores a quien lo remitirá el Fiscal (párrafo primero de la regla 6.^a), órgano que solo tiene noticias del hecho tras la apertura del expediente, merced al parte de incoación enviado. Conforme a la ley no existen informes previos a la iniciación de los expedientes.

La solicitud del informe será directa e inmediata, y, dado su contenido legal, junto a la solicitud deberá remitirse al destinatario copia del atestado o de las actuaciones del MF para que se ponderen con precisión las circunstancias concurrentes en los hechos.

— Pero ¿es preceptivo siempre el informe del Equipo Técnico que asiste al Juzgado de Menores? Su imperatividad se desprende del tono de la norma que lo regula, pues, sin excepciones, se dice que el MF requerirá la elaboración del informe. Mas ese carácter puede dar lugar a disfunciones, por lo que conviene matizar. No será necesario requerir el informe del Equipo Técnico del Juzgado, cuando se trate de un menor que (por estar tutelado por la entidad pública o por hallarse en régimen de guarda) ya esté interno en un Centro de protección de la Comunidad Autónoma; de igual modo, podrá prescindirse del nuevo informe o solo interesar una actualización, cuando conste que al menor se le han seguido ya expedientes y en ellos hay informes.

Es discutible la solución de que sean válidos informes distintos a los procedentes del Equipo Técnico del Juzgado de Menores, porque la Ley habla de equipo técnico refiriéndose al del Juzgado; quien haya emitido el informe, debe asistir a la comparecencia interrogando al menor (regla 6.^a párrafo final), a la audiencia (regla 14), ser oído antes de dictarse acuerdo de conformidad (regla 16) y en el acto de la audiencia (regla 17), e incluso en la suspensión del fallo (regla 3.^a del art. 16). Los Equipos Técnicos que contempla la Ley son los del Juzgado aunque obtengan información por muy diversos canales, procedentes algunos de otros Equipos. Mas en algunas Comunidades Autónomas hay Equipos Técnicos propios que elaboran informes eficaces porque no existen los del Juzgado de Menores. Tampoco faltan los casos en que esos Equipos Técnicos sustituyen en su actuación al de los Juzgados. Lo realmente improcedente es la concurrencia de informes.

El contenido general del informe se halla en la regla 4.^a, Sin embargo cuando se advierta claramente que el menor, por la naturaleza del hecho, no está rodeado de una especial problemática, el informe puede ser más breve, no abarcando todos los supuestos relacionados en aquella regla. ¿Cuál debe ser la valoración procesal del informe por el MF? Tiene naturaleza pericial cualificada, por cuanto interviene en el proceso de modo relevante y aunque no es preceptivo que en él se hagan propuestas de medidas ni de duración, sí en la práctica se hace no vinculan al MF, que puede proponer medidas distintas (las reglas 16 y 17 del art. 15 prevén la imposición de medidas distintas a las solicitadas por el Equipo Técnico).

Por lo que se refiere al plazo para emitirlo, aunque en la Ley se fija, en principio, un plazo máximo de diez entre la solicitud y la entrega, es prorrogable hasta un mes en casos de gran complejidad.

— Respecto de la forma del informe, entendemos que *de lege data* ha de emitirse siempre por escrito porque al MF «deberá serle entregado» (regla 4.^a) quien «lo remitirá... al Juez» (regla 6.^a); y a la comparecencia

se convocarán las personas que «a la vista del informe» se considere oportuno (regla 6.^a). Ello no impide que, en casos de urgencia, se adelante verbalmente y luego se documente por escrito.

La citación, por el Equipo Técnico, a menores y familiares se verifica a través de la Policía adscrita al Juzgado. ¿Y si el menor se niega reiteradamente a comparecer ante el Juzgado a fin de que sea observado y estudiado por miembros del Equipo Técnico? La última capacidad de reacción será, previo apercibimiento, ordenar la detención, porque el menor es sujeto del proceso tanto en derechos como en obligaciones y porque en otro caso se impediría la conclusión del proceso iniciado.

Otra posibilidad es dirigir el requerimiento a los padres o representantes legales y si no lo atendieren, obstaculizando la comparecencia, valorar la conducta como desobediencia en el orden penal, porque oponerse a la comparecencia no forma parte de los derechos que atribuyen la patria potestad o la tutela.

2. La investigación atribuida al Ministerio Fiscal: extensión y límites

En la regla 2.^a del art. 15 se establece que el MF «dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la Policía Judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos». Puede calificarse de novedad más importante de la Ley de la atribución al MF de la fase de instrucción del expediente; la dirección de la investigación y la iniciativa procesal tienden, como dice el preámbulo de la Ley a «que quede preservada la imparcialidad del Juzgador». Pero la previsión, hasta ahora no ha ido acompañada de la necesaria dotación de medios materiales y personales en las Fiscalías, por lo que se hace en la realidad casi materialmente imposible por parte del MF el cumplimiento de esta nueva función. Mientras no se cuente con los medios indispensables, la extensión de la investigación del MF no puede separarse mucho de la siguiente actividad procesal:

- Practicar sólo aquellas diligencias que sean absolutamente imprescindibles para decidir sobre la procedencia o no de solicitar medidas. En consecuencia, no se reiterarán las diligencias que consten en las actuaciones que hayan dado lugar a la incoación del expediente; su práctica se dejará para el momento de la audiencia (a título de ejemplo, la declaración de los perjudicados u ofendidos que hayan declarado en el atestado policial; las declaraciones de los miembros de la Policía que intervinieron en la detención).
- Salvo casos singulares, la declaración del menor se dejará para el momento de la comparecencia inicial ante el Juez de Menores. La excepcionalidad puede derivar de la conveniencia de una previa declaración en Fiscalía o de que el menor haya sido puesto a disposición del MF como detenido. De este modo no solo se soslaya la casi imposibilidad de recibir declaraciones en la Fiscalía -buen número de ellas no cuentan con instalaciones adecuadas- sino que además se agiliza el procedimiento, evitando reiteradas citaciones y comparecencias del menor, muchas veces inútiles. Esta interpretación contribuye a simplificar el procedimiento y al cumplimiento del plazo previsto para la instrucción. Piénsese que de seguir estrictamente los términos de la Ley sobre las comparecencias y declaraciones del menor, ello se produciría en la mayoría de las ocasiones no menos de seis veces (declaraciones ante la Policía y ante el MF; examen por el Equipo Técnico; comparecencia ante el Juez de Menores; trámite de requerimiento

para designación de Abogado y traslado del escrito de alegaciones del MF, y audiencia) y, en algunos supuestos, más veces aún (notificación de la resolución, y en su caso, notificación de la medida de amonestación). La complejidad no solo es desproporcionada sino que reportará inconvenientes para el menor el pasar tantas veces por un Juzgado.

- Las diligencias esenciales para el enjuiciamiento definitivo, pero no para la calificación provisional que se realiza en el escrito de alegaciones (por ejemplo, tasaciones, reclamación del análisis de droga intervenida), se pedirán al Juzgado en el propio escrito de alegaciones al ser en esta jurisdicción menos trascendentes la calificación exacta y rigurosa de los hechos, pues aunque para imponer la medida adecuada hay que valorar la gravedad de los hechos, lo fundamental no es siempre este dato, sino también, y sobre todo, su utilidad educativa en atención a la personalidad y los intereses del menor. Ello significa que ante unos hechos constitutivos de daños, el dato de si exceden o no de 30.000 pesetas no tiene la misma trascendencia que en un proceso penal.
- Sí resulta obligada la práctica de las diligencias ineliminables para decidir sobre la procedencia o no de continuar el expediente. Es necesario evitar, en todo caso, el peligro de llevar a audiencia a un menor cuando de una breve y sencilla instrucción podría derivarse la falta de respaldo probatorio de la imputación inicial. Para los casos en que devenga imprescindible la práctica de diligencias, lo normal será contar con el GRUME, solicitándole mediante oficio que reciba declaraciones o que haga comprobaciones de otra naturaleza que se estimaren necesarias. Y en algunos casos será conveniente que el MF practique directamente algunas de esas diligencias.
- De igual modo podrán llevarse a cabo diligencias que revistan gran sencillez y que no supongan dilatar inútilmente los expedientes; así, en el caso de que por unos mismos hechos estén implicados mayores y menores de edad penal, será fácil reclamar testimonio de las actuaciones que se hayan llevado a cabo en el procedimiento penal iniciado en los Juzgados de Instrucción.

Pero la investigación del MF tiene límites. Directamente no puede practicar cualquier tipo de diligencia probatoria. El penúltimo inciso de la regla 2.^a del art. 15 dispone que el M.F. deberá «solicitar del Juzgado de menores la práctica de las diligencias que no pudo efectuar por sí mismo». Es evidente que esta norma no se contrae a las diligencias que el M.F. no pueda materialmente llevar a cabo, sino que interpretada en un plano jurídico se refiere a las diligencias que por imperativo legal no puede efectuar el MF. En este punto la remisión al art. 5 del Estatuto es obligada; se regulan en el las denominadas diligencias informativas y establece que no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. De acuerdo con esta declaración el MF habrá de dirigirse siempre al Juez en los siguientes supuestos:

- Para solicitar el internamiento provisional (así lo establece expresamente además la regla 5.^a del art. 15) o cualquier otra medida cautelar.
- Para solicitar una entrada y registro domiciliario (siempre que no medie consentimiento del interesado).
- Para efectuar exámenes personales o intervenciones corporales que comporten una injerencia en la

intimidación (art. 18 de la C.E.), siempre que no conste el debido consentimiento.

— Para la intervención de comunicaciones.

Existe una diligencia en la que no está claro si se halla en el área de los límites a la investigación encomendada al MF.: los reconocimientos en rueda. Sobre ella hay que particularizar. Por lo pronto, y por lo que en sí comporta la diligencia, deberá evitarse, a no ser que resulte absolutamente indispensable. Si se efectúan en el plano policial, será una cautela lógica la de recabar autorización del Juez o al menos del MF. Cuando sea necesario realizarla en el curso de un procedimiento ya iniciado en Fiscalía, parece que no debe extenderse a ella la imposibilidad de que se lleva a cabo por el MF.

¿Qué ocurre con los efectos del delito intervenidos? El depósito y custodia de los instrumentos y piezas de convicción se hará en la Secretaría de los Juzgados de Menores.

3. Apertura de la fase de comparecen dela del menor

En cuanto se haya recibido en Fiscalía el informe del Equipo Técnico «el Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores» (regla 6.^a párrafo primero), y como los hechos estarán ya virtualmente esclarecidos, aunque la Ley no lo diga, acompañará al mismo copia de las actuaciones (salvo que estén ya a disposición del Juez por tratarse de un menor internado o por otras circunstancias).

Tras este momento al MF se le confiere una alternativa: dar por concluida la tramitación de las actuaciones o solicitar la celebración de comparecencia.

a) Archivo o conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas

Dispone el párrafo segundo de la regla 6.^a que «el Juez, a propuesta del Fiscal, podrá dar por concluida la tramitación de todas las actuaciones atendiendo a la poca gravedad de los hechos, a las condiciones o circunstancias del menor, a que no se hubiese empleado violencia o intimidación o que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima».

El contenido que queda transcrito no es claro. Y no es claro sobre el significado de algunas de las causas que van a determinar el archivo. Tampoco es lo suficientemente explícito sobre el número de ellas que deben concurrir.

«No haberse empleado violencia o intimidación», es una de esas causas. En interpretación gramatical significaría que sólo los tipos delictivos que incluyan en su estructura la violencia o la intimidación darían lugar a la continuación del procedimiento y la eventual imposición de medidas. No los demás. Solución que no debe ser acogida. Si la violencia o la intimidación cualifican punitivamente los delitos contra el patrimonio, deben valorarse esos términos en el sentido de que los demás delitos contra la propiedad son los abarcados objetivamente por el archivo, pero no que los hechos generados por la violencia o intimidación sean los únicos excluidos del archivo. A sensu contrario de la norma, en los que se haya empleado violencia o intimidación, no procederá nunca al archivo (delitos más graves contra la Libertad sexual, robos intimidatorios o violentos,

atentados contra la vida e integridad corporal, contra la libertad y seguridad). Es de observar, por otro lado, que la concurrencia de las causas legales no determinan ex re o automáticamente el archivo, porque se trata de una norma discrecional («el Juez a propuesta del Fiscal podrá...»).

Algo parecido cabe decir de la circunstancia que pondera «la poca gravedad de los hechos», porque en estricta interpretación solo la «mucha gravedad» de los hechos sería impeditiva del archivo. Y no es así.

Hay otra circunstancia que es de muy difícil existencia jurídica: «que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima». Los menores emancipados, cualidad que no puede concurrir en los sujetos de este proceso porque aquellos han de tener 16 años cumplidos, son los únicos con capacidad para obligarse en general, pero el consentimiento que puedan emitir los demás menores se reputa jurídicamente inexistente, por lo que el compromiso por el menor de asumir la obligación de reparar el daño patrimonial causado a la víctima, no debe ser causa por sí sola de archivo; a no ser que en aquel acto estuviera legalmente representado -supuesto que aquí la Ley no prevé- y sean los representantes quienes garanticen la reparación del daño. Puede pensarse también en una reparación de naturaleza extrapatrimonial, especie de conciliación, mediación o arrepentimiento, en que el menor sin necesidad de asistencia representativa podría comprometerse.

Si las condiciones legales para solicitar el archivo son alternativas -la concurrencia de cualesquiera de ellas- o conjuntas, es otro tema no resuelto. Tanto la forma de su ordenación gramatical (existencia de conjunciones o entre las causas) como la jurídica (no todos los hechos punibles causan daño y víctimas) inclinan a la suficiencia de la alternatividad o concurrencia de una de las circunstancias mencionadas.

¿La enumeración de las causas es exhaustiva? Parece que la regla 6.^a en su párrafo segundo, parte de hechos acreditados suficientemente, pero a pesar de la taxatividad, el archivo puede proceder por otros motivos comunes o generales: no estar los hechos bien justificados, haberse desvirtuado la imputación. Nada impide que se elimine la comparecencia solicitando el Fiscal el archivo por alguna de estas dos circunstancias.

Sí es posible el archivo provisional cuando no resultan los hechos suficientemente acreditados ¿será definitivo en todos los casos el archivo cuando el hecho típico esté justificado pero concurren las circunstancias requeridas en la regla 6.^a, párrafo segundo? No en el supuesto de incumplimiento del compromiso de reparación, pues si este mismo incumplimiento determina la revocación de la suspensión del fallo, en estafase su efecto será la reapertura del expediente.

La decisión del Fiscal de solicitar el archivo es el producto de la concentración positiva de una facultad, pero el Juez es quien concluye las actuaciones. ¿Siempre de conformidad con la petición del MF?

El archivo siempre se acordará a propuesta del MF, de modo que sin ella el Juez no puede archivar; ¿pero puede apartarse el Juez de la solicitud de archivo y decidir que continúe el expediente? La expresión «podrá dar por concluida la tramitación» carece de valor imperativo por lo que la discrepancia es posible, y que, de modo análogo a lo prevenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberá resolverse consultando al superior jerárquico del Fiscal.

b) La comparecencia del menor ante el Juez: contenido y normas de terminación del expediente

De no haberse decidido por el archivo, o, como dice la regla 6.^a en su párrafo tercero, «en otro caso, el Juez de Menores señalará fecha y hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de los siete días siguientes».

Con la celebración de la comparecencia puede terminar el expediente. Pero, tras su celebración, también está previsto que el MF proponga la continuación del expediente si los hechos o las circunstancias del menor no estuviesen suficientemente esclarecidos» (regla 7.^a párrafo segundo).

A la celebración de la comparecencia que puede concluir el expediente se dedican los párrafos 3, 4 y 5 de la regla 6.^a, y especialmente el párrafo primero de la regla 7.^a, que establece las resoluciones que pueden adoptarse.

La comparecencia del menor es absolutamente necesaria o preceptiva en todos los casos y no solo en los que se estime que el expediente puede finalizar con una amonestación realizada en el mismo acto. El legislador ha querido que el Juez siempre, antes de decidir sobre la apertura de la audiencia, haya oído, al menos una vez, al menor. Tal acto viene a ser paralelo en sus efectos al denominado juicio de acusación de países de nuestro entorno cultural, o de la imputación que se realiza en el procedimiento abreviado mediante la declaración del denunciado (Sentencia del T.C. de 15-11-1990).

No es obligada la asistencia de Abogado, salvo que el menor esté internado provisionalmente (regla 5.^a inciso último). En los demás casos queda a voluntad del menor y de su representante legal la posibilidad de ir acompañado de Letrado, por lo que en la citación que se efectúe al menor para que concurra a la celebración de la preceptiva comparecencia, se le advertirá que tiene derecho a comparecer al acto acompañado de Abogado de su elección que le asesore y defienda durante la misma, o a manifestar al Juez, en su caso, con la antelación necesaria, su deseo de que le sea nombrado de oficio, a los fines de evitar posibles suspensiones.

A la comparecencia serán convocados el Fiscal, el equipo técnico, el representante legal del menor y aquellas otras personas que, a la vista del informe del equipo técnico, el Juez considere oportuno convocar (párrafo tercero, regla 6.^a).

El núcleo de la comparecencia está constituido por la declaración del menor. Antes el Juez le informará en lenguaje claro y sencillo, adecuado a su edad, de los hechos objeto de la diligencia, así como de su derecho a no prestar declaración y a no reconocerse autor de los hechos (párrafo 4.^a, regla 6.^a). Si presta declaración deberá responder a las preguntas que puedan formular el Fiscal, su Abogado, el miembro del equipo técnico o el propio Juez (regla 6.^a último inciso).

Si hay varios menores implicados en los mismos hechos objeto de expediente y asisten todos, las comparecencias serán individuales y no conjuntas, aunque pueda ofrecer en ocasiones dificultades por cuestiones de coparticipación. Si no comparecen todos tendrá lugar el acto para los presentes, suspendiéndose para los demás.

Relativamente a la celebración de la comparecencia, se ha cuestionado si, al tiempo de celebrarse, el MF ha

debido ya evacuar el trámite de alegaciones con remisión del expediente al Juez, o si ese trámite de alegaciones subsigue a la conclusión del expediente, en un momento posterior. La primera solución cuenta en su apoyo con el hecho de que al final de la comparecencia el Juez puede adoptar las resoluciones enumeradas en la regla 11.^a del art. 15 que son posteriores a la petición del MF de apertura de audiencia. Sin embargo debe aceptarse la segunda interpretación por ser más coherente con el texto legal: conforme a la regla 14.^a -a a la que se remite el párrafo primero de la 6.^a- solo se remite el informe del equipo técnico, y no todo el expediente; la remisión del expediente al Juzgado de menores no está previsto hasta un momento posterior a la comparecencia, fijándose un plazo de cinco días que deberá contarse a partir de la comparecencia (regla 8.^a).

Ya hemos dicho que el expediente puede concluir con la celebración de la comparecencia. A la vista de su desarrollo, y siempre a propuesta del MF, el Juez puede, mediante acuerdo, adoptar la medida de amonestación, o alguna de las decisiones referidas en la regla 11.^a (regla 7.^a, apartado primero). Así, tras la comparecencia, éstas son las formas de conclusión del expediente:

- Acordándose la medida de amonestación. Se plantea una cuestión, no resuelta en la Ley, en el caso de que el menor, en la comparecencia, no se confiese autor de los hechos. En evitación de dilaciones y de la entrada en la audiencia, esta medida es ciertamente muy útil si el MF estima que es la medida adecuada, pero no existe prueba practicada con todas las formalidades capaz de llegar a la resolución pretendida. ¿Qué hacer en estos supuestos? No parece que para esa comparecencia pueda traerse a testigos a fin de confirmar probatoriamente la petición de amonestación, pues la norma sólo se refiere a la convocatoria de las personas que parezcan convenientes a la vista del informe del Equipo Técnico, con lo que se está pensando no en practicar pruebas sobre el hecho, sino en aclarar la personalidad del menor y su situación. En estos casos, la petición de la medida de amonestación habrá de hacerse con ciertas cautelas, dejando a salvo la posibilidad de continuar el expediente para el supuesto de que el Juez de Menores no estimase probados los hechos.
- Acordándose el sobreseimiento motivado de las actuaciones. Parece que el sobreseimiento -hay que recalcar que siempre será motivado- sólo podrá acordarse cuando concurran los supuestos previsto en los arts. 637 o 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sin que pueda dictarse para otros casos (principio de intervención mínima, lapso de tiempo transcurrido).
- Acordándose la remisión del menor a las Instituciones administrativas de protección cuando los hechos imputados no revistan especial trascendencia y siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación.

Dos observaciones sobre esta forma de concluir los expedientes.

Una de las causas de conclusión del expediente sin comparecencia es no haber empleado «violencia o intimidación» (párrafo segundo, regla 6.^a). Es causa de conclusión tras la comparecencia el no haberse empleado «grave violencia o intimidación». Si el archivo anterior a la comparecencia se condiciona a la inexistencia de violencia o intimidación, el archivo posterior a la comparecencia es compatible con la violencia o intimidación, pues el único límite es que no sean graves, lo que presupone que muchos hechos violentos solo

llevarán aparejadas medidas formativas y educativas extrañas a los Juzgados de Menores. Mas no siempre será fácil fundamentar esta petición: si en los hechos violentos la gravedad es predecible muy aproximadamente por el resultado exterior, en los hechos integrados por la intimidación, la línea divisoria de la gravedad no gravedad es más sutil.

Es de notar, además, que esta medida puede adoptarla el Juez «incluso aunque el Fiscal no hubiese formulado petición en este sentido» (regla 11.^a, apartado c), lo que se halla en antítesis con la regla 7.^a que, con caracteres de generalidad, dice que las decisiones a que se refiere la regla 11.^a que acuerde el Juez, lo serán a la vista del desarrollo de la comparecencia y de la propuesta del Fiscal. En la tesitura de mantener la norma común representada por la regla 7.^a que, en principio, se extiende a todas las decisiones de la regla 11.^a, o la del apartado c) de esta regla 11.^a, deberá acogerse la última que como ley especial desvincula el acuerdo del Juez de la petición del Ministerio Fiscal.

— En la regla 11 existen otras dos decisiones: la celebración de la audiencia (apartado a) y la remisión al Juez competente cuando estime que no le corresponde el conocimiento del asunto (apartado d). Mas es obvio que al concluir el acto de la comparecencia no puede acordarse la celebración de audiencia, porque a ésta precede el escrito de alegaciones del MF y éste se formula después de concluida la comparecencia. Y la remisión del expediente al Juzgado competente es acto procesal que tampoco puede cumplirse al terminar la comparecencia porque en ese momento el expediente se halla en Fiscalía.

c) Conclusión del expediente y escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal: peticiones que puede comprender

Es posible que con la terminación de la comparecencia no termine el expediente. Esto acontecerá cuando el MF entienda que los hechos o las circunstancias del menor no estuvieren suficientemente esclarecidas, en cuyo caso propondrá la continuación del expediente (regla 7.^a párrafo segundo). Concluido definitivamente éste, el MF lo elevará al Juzgado de Menores (regla 8.^a inciso primero) en un plazo no superior a cinco días, y de no hacerlo en este plazo, el Fiscal deberá dar cuenta al Juez de las causas que se lo impidan.

Al mismo tiempo que eleva el expediente al Juez de menores, el MF acompañará un escrito de alegaciones. A pesar de su denominación su contenido es heterogéneo como lo muestra el primer párrafo de la regla 8.^a En efecto, en él puede solicitarse del Juez alguna de las siguientes decisiones: apertura de la audiencia, el sobreseimiento, la adopción de la medida de amonestación, la remisión de las actuaciones al órgano judicial competente o su remisión a las Instituciones administrativas de protección del menor a fin de que por éstas se adopten medidas de carácter formativo o educativo.

Llegados a este punto, es de señalar que, en su aplicación práctica, el procedimiento que instaura la Ley Orgánica 4/1992, se ha revelado muy complejo, habiéndose coincidido en la necesidad de acumular el trámite de alegaciones con el de la comparecencia como forma de simplificarla. Se parte así de la acumulación o concentración de los trámites de comparecencia y audiencia con lo que puede celebrarse esta última inmediatamente después de la primera (a continuación) si las partes así lo solicitan y se reúnen los requisitos legales. En lo concerniente a la actitud del Ministerio Fiscal, son posibles dos soluciones, como antes habíamos apuntado.

Una sería presentar al comienzo de la comparecencia, junto al expediente, el escrito de alegaciones, de modo que al final de la comparecencia puedan ratificarse las alegaciones o modificarlas a la vista del desarrollo de la comparecencia. Así, el Juez, concluida la comparecencia, podría pronunciarse inmediatamente, y, es su caso, decretar la apertura de la audiencia, emplazar al representante legal del menor y a éste para la designación de Letrado, y si estuviere designado darle traslado del escrito de alegaciones e iniciar en ese momento el plazo de cinco días para evacuar el escrito de defensa.

Otra solución es llevar preparado el escrito de alegaciones a la comparecencia y presentarlo al final de ella junto al expediente, para que se proceda por el Juez en la forma antes señalada. Si el desarrollo de la comparecencia exige alguna modificación, se haría después de la comparecencia, indicando antes al Juez de Menores que se presentará ese mismo día el expediente concluido con el escrito de alegaciones. Obviamente no se excluye que en algunos casos sea necesario continuar el expediente y diferir el trámite de alegaciones para un momento posterior.

En principio, debe seguirse esta segunda fórmula. Por ello, cuando el MF reciba citación para una comparecencia, redactará el escrito de alegaciones y lo llevará a aquel acto -sin perjuicio de las eventuales modificaciones- a fin de poder elevar el expediente al Juzgado con las alegaciones una vez finalizada la comparecencia. Todo esto no es obstáculo para que en determinados casos por estimarse necesario, se demore el trámite de alegaciones en los términos previstos en la Ley.

Podemos concluir diciendo que la extensión de la concentración de comparecencia-audiencia a los casos de aceptación de los hechos, no ofrecerá problema alguno; tampoco en los supuestos de escasa entidad. Más delicada puede ser la acumulación en los hechos graves o en aquellos que no estén totalmente esclarecidos.

El escrito de alegaciones puede contener cualesquiera de estas solicitudes:

- Apertura de la audiencia. En este caso el Fiscal en el escrito de alegaciones formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor, la solicitud de práctica de pruebas en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan (regla 10.^a a). Nada más específica la Ley. Pero si la L.E.Cr. es supletoria para lo no previsto de modo expreso (disposición adicional segunda), a la calificación jurídica deberá preceder un breve relato de hechos al modo de los que contienen los escritos de conclusiones provisionales; y a diferencia de lo que sucede en éstos, en los de alegaciones pueden incluirse razonamientos justificando la calificación o la procedencia de la medida o medidas solicitadas. El Ministerio Fiscal al tiempo de solicitar el tipo de medidas a adoptar y su extensión, tendrá en cuenta las circunstancias, los antecedentes, así como la situación concreta, el interés del menor y su personalidad, de modo que no es obligada la unidad de actuación con la consecuencia de pedir siempre las mismas y en el mismo quantum por hechos de la misma entidad. Para la selección de las medidas, como criterio simplemente orientativo servirá lo informado por el Equipo Técnico, pero como al Ministerio Fiscal no le vincula puede separarse de una medida determinada aún cuando la propuesta se halle justificada; así, si los componentes del Equipo Técnico ante un hecho dado hacen un pronóstico negativo y en virtud de ese diagnóstico consideran aconsejable el internamiento, el MF valorando el equilibrio de situaciones jurídicas

puede pedir la libertad vigilada o la medida que estime más adecuada, teniendo en cuenta que es posible aplicar cualquier medida e incluso la infraestructura y los medios para su ejecución con que cuentan las respectivas Comunidades Autónomas.

- Adopción de la medida de amonestación. Si el Fiscal solicitara la medida de amonestación, el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda (regla 9.^a). Se puede imponer, pues, sin apertura de audiencia, sin calificación jurídica y sin práctica de pruebas. Por supuesto esta regla estará prevista para el caso de que sea la única medida solicitada por el MF, no en los demás. Y se tendrá en cuenta la personalidad del menor y la proporcionalidad instándola sólo cuando se trata de hechos menos graves. Como medida única presenta análogas dificultades a la medida, también de amonestación, a adoptara concluida la comparecencia (regla 7.^a párrafo primero). Las dificultades están atenuadas porque en este momento el expediente obra en poder del Juez y porque el Juez ante la petición del MF dictará el acuerdo que proceda. Aún así ¿es posible adoptarla si el menor ha negado los hechos y no existe respaldo probatorio practicado con las debidas garantías para fundamentar la imputación? Dadas estas circunstancias lo normal es que el MF, dotado de un gran sentido jurídico e intérprete muy cualificado de las normas, no pida en sus alegaciones la amonestación como medida única sino conjuntamente con otras, lo que conlleva la apertura de la audiencia y la práctica de pruebas. En otro caso, esto es cuando el MF entienda que debe ser la única medida a solicitar, podría pensarse en permitir al Juez que valore la necesidad de la apertura de la audiencia para determinar si están o no probados los hechos, supuestos en que el MF solicitará, si el Juez lo estimara necesario a efectos probatorios, la apertura de la audiencia.
- Peticiones de sobreseimiento motivado y de remisión de las actuaciones a los órganos administrativos de protección serán singulares en este momento por cuanto ya han podido ser acordadas en la fase anterior o de conclusión de la comparecencia. De cualquier modo lo remitido a las Instituciones administrativas será las fotocopias del expediente.

d) La audiencia: trámites previos y celebración

A la vista de la petición del Fiscal, dice la regla 11 a), el Juez de Menores adoptará la decisión de celebrar la audiencia. Atendido el tenor del precepto, existe una correlación exacta entre la petición Fiscal de apertura de la audiencia (regla 10) y la decisión del Juez de ordenar la celebración de audiencia.

1. Entre la fase procesal de la apertura y la efectiva celebración de la audiencia, es necesario cumplir determinados trámites expuestos en las reglas 12 y 13. Son los siguientes:

- Requerir «al menor y a su representante legal que designe Abogado que le defienda si no lo hubiere hecho antes. De no hacerlo en el plazo que se fije se le nombrará de oficio». Ahora bien ¿a quién debe indicar el Juez que designe Abogado? ¿Al menor y al representante legal conjuntamente, como se extrae de la letra del precepto, o sólo a alguno de ellos? Es de notar que la Ley, sobre este punto, adopta distintos criterios, según los distintos momentos procesales. Si se ha adoptado la medida cautelar de internamiento provisional pueden designar Abogado «los padres o representantes legales del menor» (regla 5.^a). En la

comparecencia podrá asistir el menor «acompañado de un Abogado de su elección» (regla 6.^a). Cualesquiera de ellas puede adoptarse.

En la regla 12 se expresa que si no designase Abogado «en el plazo que se fije» se le nombrará de oficio, Ese plazo indeterminado será prudencial, y parece razonable acudir al de tres días que para ese mismo trámite, en el Procedimiento Abreviado, previene el art. 791 de la L.E.Cr.

- A continuación, se dará traslado al Abogado del escrito de alegaciones del Fiscal, poniéndose de manifiesto en Secretaría todas las actuaciones, a fin de que lo conteste en el plazo de cinco días y que proponga la prueba que considere oportuna . No ofrecerá dificultades aplicar como supletorias aquellas normas de la L.E.Cr. conforme a las cuales el transcurso del plazo sin presentación del escrito, hace precluir el trámite y obligan a continuarle teniendo al Abogado por opuesto al escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal.
- Según la regla 13 el Juez dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de defensa acordará lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, y señalará el día en que deba comenzar la audiencia para dentro de los quince inmediatamente posteriores. También por aplicación supletoria de la L.E.Cr. el acuerdo denegando la práctica de determinadas pruebas no es susceptible de recurso autónomo, sino que deberá interponerse contra la resolución que recaiga en su día, haciendo valer, entre otros motivos que pueden alegarse, esa denegación de pruebas.

2. En el análisis del acto de celebración de la audiencia hay que tratar separadamente cuestiones de carácter personal, otras relativas a ciertas formalidades y finalmente las formal-jurídicas.

- Quiénes asisten a su celebración, es la primera de ellas. La regla 14, párrafo inicial lo resuelve. Es preceptiva la asistencia del Fiscal, el Abogado defensor, el menor y de un miembro del equipo técnico. Es facultativa la asistencia de los representantes legales del menor.

Dado que la asistencia del menor es presupuesto ineliminable, hay que excluir la aplicación supletoria de aquellos preceptos de la L.E.Cr. que permiten celebrar el juicio en ausencia del acusado. Pero hay que aclarar: el menor debe estar presente al comienzo y al final de la vista, pero no durante todo su desarrollo, porque el Juez podrá hacer abandonar la Sala al menor en los momentos de la vista que estime oportunos (párrafo último de la regla 17), ya sea por iniciativa propia o a instancia de los que intervinieren.

Otra asistencia obligada es la de un miembro del equipo técnico. En muchas ocasiones será un miembro indeterminado. Pero en otras, dadas las peculiaridades del supuesto, serán precisos uno o varios integrantes del equipo técnico en quienes concurra cierta especialidad, como cuando su informe haya de versar sobre aspectos psicológicos. Por ello nada impide que en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal se solicite la asistencia de un miembro determinado del equipo técnico.

Lo normal es que el menor esté acompañado en la audiencia por sus representantes legales. Pero si el Juez lo considera oportuno resolverá motivadamente, oído el Ministerio Fiscal, decidiendo su no asistencia.

— Ciertas formalidades requiere la limitación para terceros de la asistencia a la vista.

El Juez puede acordar en interés del menor que las sesiones no sean públicas (regla 14, párrafo segundo). Como lo prevalente es el interés del menor, el Ministerio Fiscal pedirá siempre la celebración de la audiencia sin publicidad, salvo que en algún supuesto singular pueda optarse por tal publicidad. El acuerdo declarando la no publicidad ha de reputarse irrecorrible al modo previsto en el art. 680 de la L.E.Cr. aunque teóricamente cabría el amparo constitucional.

No está permitido que los medios de comunicación obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación (regla 14, párrafo tercero). Se presume que esta prohibición impuesta a la prensa, radio y televisión, se limita a las que traten de obtenerse con motivo u ocasión de la audiencia.

En el aspecto material de celebración de las audiencias es de señalar que deben evitarse las formalidades propias de los juicios penales con toga y estrados. Mejor es la vestimenta ordinaria y mesa redonda, en la que cada uno de los asistentes tiene su situación, estando el menor sentado también informándosele de quienes son los demás.

— En el orden jurídico-procesal de la celebración son normas preceptivas las siguientes:

* La de la regla 15, a cuyo tenor el Juez informará al menor en un lenguaje claro y sencillo, adaptado a su edad y que le sea comprensible, de las medidas solicitadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones y del hecho y causas en que se fundan.

* El trámite de posible conformidad de la regla 16. Se preguntará por el Juez, al menor, con asistencia del Abogado, si es autor de los hechos imputados y, manifestando ser el autor, le preguntará si se muestra conforme con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. Dada su conformidad con asistencia de su Abogado, el Juez, oído si lo considera pertinente el miembro del equipo técnico, dictará acuerdo de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal. La conformidad, cualesquiera que sean las peticiones cualitativas y cuantitativas del MF, es inatacable siempre que sea estricta, tanto en la medida solicitada como en su extensión y se presente como formalmente válida la capacidad de consentir.

La conformidad se sitúa exclusivamente al comienzo de la audiencia. ¿Podría tener lugar antes de ese momento al modo previsto en la L.E.Cr.? La conformidad en el momento del emplazamiento del menor daría rapidez al procedimiento y evitaría trámites y la comparecencia de testigos. Si la L.E.Cr. es supletoria, puede consentirse que el menor preste su conformidad en el momento en que se le dé traslado del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y que ratificada esa conformidad por su Abogado se pueda dictar la resolución oportuna sin esperar la audiencia (art. 655 de la L.E.Cr.). No sería obstáculo que en esta conformidad anticipada no se oyera a miembros del equipo técnico y a los representantes legales, porque el ser oídos o no aquellos es siempre una facultad que se confiere al Juez, y los representantes legales pueden incluso ni asistir a la audiencia si así lo estima el Juez.

* A la falta de conformidad siguen los trámites estrictos de la vista: práctica de la prueba admitida y la que,

previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto. Seguidamente el Juez oirá al Fiscal y al Abogado sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos y la medida o medidas a adoptar, así como si lo considera conveniente a los miembros del equipo técnico. Finalmente oirá las alegaciones que quiera formular el menor (regla 17).

Una vez practicadas las pruebas en el acto de la audiencia se atribuye al Juez la simple facultad de oír o no a los miembros del Equipo Técnico sobre las medidas a adoptar, pues lo hará «si lo considera conveniente». Ahora bien ¿persiste esa facultad cuando por el MF se solicite del Juez en el escrito de alegaciones que se oiga al Equipo Técnico? Dado el tiempo que pueda haber transcurrido desde que se emitió el informe inicial hasta la celebración de la audiencia y la variación eventual de la situación del menor lo que conllevaría la modificación de las medidas, se considera positiva la intervención del Equipo Técnico y no solo por ese cambio de circunstancias, sino también porque se refuerzan y actualizan la información del Juez y la oralidad.

En el acto de la audiencia el MF puede modificar las medidas del escrito de alegaciones e incluso retirarlas. De una parte, debe ser así para la modificación, porque si pueden revisarse las medidas después de la resolución, también tras la audiencia, pues se trataría de una revisión anticipada de las medidas; y de otra, para la retirada, porque al aplicarse supletoriamente la L.E.Cr., a falta de pruebas ha de regir la presunción de inocencia.

e) La resolución del Juez y medidas a adoptar

1.- Los acuerdos del Juez de Menores se llaman en sentido genérico resoluciones (art. 6, regla 1.^a) y pueden dictarse oralmente en el acto de la audiencia o por escrito en la forma que para las sentencias establece el art. 248,3 en la LOPJ (art. 16 regla 2.^a). La expresión de que la sentencia puede dictarse de «viva voz en el acto de la audiencia» sin perjuicio de su posterior documentación, no es correcta. La fórmula es análoga a la del art. 794,2 de la L.E.Cr. («El juez de lo penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio») también equivocada, porque de aceptarse su literalidad, la sentencia expresada oralmente debería reunir todos los requisitos que para estas resoluciones exigen el art. 248.3 de la LOPJ y el art. 142 de la L.E.Cr. No se trata en estos casos de dictar oralmente la sentencia, sino de la anticipación oral, de viva voz, -esto es de palabra- del fallo. La ventaja de anticipar de palabra el fallo estriba en la posibilidad de declarar inmediatamente la firmeza de la resolución si las partes manifiestan su intención de no recurrir, e incluso proceder a la ejecución de las medidas de tracto único y resueltas verbalmente, como la amonestación. La declaración de firmeza en estas situaciones está contemplada en la L.E.Cr. (art. 794,2 inciso segundo).

El contenido de la resolución se detalla en el art. 16, regla 1.^a: apreciará las pruebas practicadas, las razones expuestas tanto por el Fiscal como por la defensa, y lo manifestado, en su caso, por el menor. Igualmente valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social, Si impusiere alguna de las medidas a que se refiere el art. 17 expresará su duración, que no excederá de dos años, salvo lo previsto en su número 1.º

Parece extraño no exigirse que la resolución haga referencia a las razones que haya podido exponer en la celebración de la audiencia el miembro del equipo técnico, a pesar de que la sentencia debe pronunciarse sobre la personalidad del menor y su entorno social y familiar aspectos sobre los que aquellos pueden haber informado

con específica competencia.

2.- Las medidas a adoptar son las expresadas en el art. 17. Su enumeración es taxativa. Esto está claro. También, que la naturaleza de las medidas, en sí mismas consideradas, no es la misma, aunque todas tiendan, obviamente, a la formación del menor. Hay, en efecto, medidas que suponen una limitación de derechos (libertad vigilada, privación del derecho a conducir); otras, de internamiento y custodia (internamiento de uno a tres fines de semana, internamiento en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado); existen las que tienden a influir directamente sobre la conducta (amonestación); y no faltan las que imponen trabajo o tratamiento curativo (prestación de servicios en beneficio de la Comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico) ni las de estricta educación y protección (acogimiento por otra persona o núcleo familiar).

Pero la claridad ya no resplandece sobre varios temas relacionados con la aplicación de las medidas.

¿Puede solicitar el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones y el Juez imponer más de una de las medidas del art. 17? Dada la redacción de algunos preceptos de la Ley es cuestionable la posibilidad de que se imponga solo una de las medidas previstas; por una parte la expresión alguna o algunas parece indicar que es correcto el escrito de alegaciones y también la resolución que imponga una medida de las varias posibles; pero, por otro lado, nos hallamos con expresiones gramaticales indicativas de pluralidad. He aquí los pasajes a que nos estamos refiriendo. La regla 10 del art. 15 expresa que el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones solicitará «la adopción de las medidas que procedan»; conforme a la regla 15 del mismo artículo, al comienzo de la audiencia el Juez de Menores informará al menor «de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal»; en el trámite de conformidad preguntará el Juez al menor si se conforma «con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal» (regla 16); durante la vista el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al Abogado sobre «la medida o medidas a adoptar» (regla 17); por su parte, ya en fase de sentencia el art. 16, 1.º expresa que sí el Juez «impusiere alguna de las medidas», y cuando el menor incumpliere la propuesta de reparación extrajudicial sustitutiva del fallo suspendido se dará cumplimiento «a la medida acordada por el Juez». De cualquier manera debe concluirse que la petición del MF puede comprender una medida o varias y en este caso en forma alternativa o conjunta.

Lo que no ofrece dudas es que la medida de amonestación, con independencia de sus dificultades prácticas ya anotadas, puede ser medida única a adoptar en momentos anteriores a la sentencia: a la conclusión de la comparecencia (regla 7.ª) y tras el escrito de alegaciones sin apertura de la audiencia (regla 9).

En interpretación sistemática de las reglas citadas, hay que concluir afirmando que el Ministerio Fiscal pueda solicitar y el Juez imponer más de una medida. ¿Pero con el límite de que sean compatibles temporalmente sus formas de ejecución o cumplimiento, como, por ejemplo, la libertad vigilada y la privación del derecho a conducir? No es imprescindible; si no hay obstáculo material alguno para las medidas susceptibles de cumplimiento simultáneo, también es válido el cumplimiento sucesivo de medidas incompatibles por naturaleza para cumplirse al mismo tiempo, siempre que en su conjunto no excedan del tope máximo de dos años.

— ¿Cual es la duración de las medidas? Algunas son de ejecución instantánea, por lo que carecen de límites temporales (amonestación). Para otras está determinado el límite mínimo y el máximo (internamiento de fines de semana). Y para las demás se fija exclusivamente el tiempo máximo de duración, confirmándolo

así el art. 16.1, final, al declarar que si se impusiere en la sentencia alguna de las medidas que no sean las del número 1.º del art. 17, «se expresará su duración que no excederá de dos años». Y lo cierto es que en el preámbulo de la Ley esta duración máxima no se extiende a todas las medidas sino solo a la de internamiento, cuando dice que «se establece un límite temporal a la duración de la medida de internamiento». Por otra parte, si la Ley toma en consideración siempre el interés del menor ¿el tratamiento ambulatorio y el acogimiento necesariamente concluyen con los dos años o el tratamiento curativo podría continuar? El límite legal lo es para las medidas aflictivas.

El tiempo máximo está, pues, expresa e inmediatamente determinado, pero el mínimo en la Ley se halla absolutamente indeterminado, no conociéndose el mínimo del límite inferior. ¿La duración de las medidas impuestas en expedientes distintos será el resultado de la acumulación material? O existen límites análogos a los que prevé el art. 70 del Código Penal y el 988 de la L.E.Cr.? No se trata de la acumulación de medidas en un mismo expediente sino de la acumulación de medidas homogéneas a ejecutar de distinta procedencia. El límite único habrá que buscarlo en la edad del menor porque al cumplir los 16 años hay que revisar las medidas (art. 20 de la Ley).

El dies a quo en el cumplimiento de la medida impuesta se producirá inmediatamente después de la firmeza de la sentencia; pero es problemático cuál será el día inicial del plazo en la medida de privación del derecho a conducir, porque al imponerse, el menor, por razón de su edad, no es titular de ese derecho; parece que el plazo deberá computarse no desde la firmeza de la sentencia, sino a partir del día en que haya nacido el derecho con el cumplimiento de la edad requerida.

- Si el Juez en su resolución acuerda imponer medidas ¿Han de ser necesariamente alguna o algunas de las solicitadas por el Ministerio Fiscal? ¿O puede imponer otras distintas? No hay cuestión cuando el menor haya mostrado su conformidad con las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal (regla 16) pues en este caso el Juez dictará acuerdo (sentencia o resolución) de conformidad con la petición del Ministerio Fiscal. También está resuelto por la Ley que aunque el Ministerio Fiscal en sus alegaciones no haya solicitado la remisión de las actuaciones a las Instituciones administrativas de protección, el Juez puede acordarlo (regla 11, C, inciso final). Como esta última norma es aislada y de carácter excepcional, debe partirse, en los demás casos, de la necesidad de una correlación cualitativa entre petición de medidas por el Ministerio Fiscal y medidas impuestas en la resolución judicial. De ahí que si el Juez impone medidas más graves conforme al art. 17 de las solicitadas por el MF deberá interponerse recurso de apelación, haya sido o no conforme la petición del MF con la propuesta del Equipo Técnico; todo ello, claro es, sin perjuicio de reconocer la posibilidad de supuestos excepcionales en que la fundada argumentación de la resolución judicial lleve al Fiscal a admitir la procedencia de la medida no propuesta y, sin embargo, acordada.

f) La suspensión del fallo

Está regulada esta figura en el art. 16.3 que se inicia así: «En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo». En su

propio sentido, con la suspensión del fallo (...) no se acuerda en ese momento medida alguna, y sin embargo en el inciso final del citado art. 16.3 se establece que si se revocare la suspensión del fallo se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez, lo que en su literalidad daría a entender que no estamos ante una verdadera suspensión del fallo sino ante una suspensión de la medida. Aparte la irregularidad terminológica, hemos de partir de que la ley ha creado ex novo la institución de la suspensión del fallo, que ya pretendió introducir el proyecto de Código Penal de 1980 con más precisión, pues se preveía como suspensión del fallo el que se dictase sentencia completa salvo la parte dispositiva, sometiendo entonces al penado durante un período de tiempo a unas reglas de conducta y tareas favorecedoras de su reinserción social, que habrían de llevarse a cabo bajo el control del Juez de Vigilancia, que podía acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio; una vez transcurrido el período fijado, el reo había de comparecer de nuevo ante el Tribunal, que acordaría bien el pronunciamiento del fallo para su cumplimiento, fijando la pena, bien el dejar sin efecto definitivamente la sentencia.

Planteamos algunas cuestiones sobre la suspensión del fallo:

— La primera es esta: en qué tipo de sentencias, por razón de la forma de dictarse y de su contenido, puede tener lugar.

¿Procede la suspensión del fallo en los casos en que se dicte la resolución *in voce* o de viva voz? En estas resoluciones lo que se anticipa y se expresa verbalmente es el fallo. Ahora bien ¿Si se anticipa el fallo se puede suspender también el fallo, que es suspensión del mismo pronunciamiento? La anticipación del fallo verbal, lo es de la parte dispositiva de la sentencia y no del resto de ella, lo que es totalmente inconciliable con la suspensión del fallo, que presupone existencia actual del resto de la sentencia con la excepción del fallo, cuyo pronunciamiento queda condicionado. Parece, en consecuencia, que son incompatibles la anticipación verbal del fallo y la suspensión del fallo.

¿Por el contenido de las resoluciones, y cualquiera que sean los hechos imputados, en todas puede acordarse la suspensión del fallo? El texto de la ley inclina a cierta limitación: no en todas podrá suspenderse el fallo. De una parte, porque el art. 16.3 se inicia así: «en atención a la naturaleza de los hechos». Luego habrá hechos que no estarán abarcados por la suspensión del fallo. Y de otra parte, porque la propuesta de reparación sustitutiva de las eventuales medidas debe ser aceptada por el menor y los perjudicados. Aún cuando, en ocasiones, los términos de perjudicado y ofendido se utilizan en el ordenamiento procesal como sinónimos o con un mismo significado jurídico (arts. 108 y 761 de la L.E.Cr.) porque pueden coincidir en una misma persona, en otras son distintos los conceptos; el sujeto pasivo es designado como ofendido en los delitos contra las personas y perjudicado en los delitos patrimoniales. Si el art. 16.3 contempla únicamente a los perjudicados ¿se está refiriendo en exclusiva a perjudicados en sentido estricto? Como el ofendido es realmente el más intensamente perjudicado, debemos entender que el giro perjudicados del art. 16,3 es utilizado en sentido amplio, como el titular o legitimado para instar la acción civil de resarcimiento por los daños y perjuicios derivados del hecho, cualquiera que sea la naturaleza de la infracción de que emanen; y también comprenderá a los terceros no ofendidos ni propiamente directos perjudicados, que, sin embargo, sufren las consecuencias económicas de la infracción.

— Presupuesto sustancial para acordar la suspensión del fallo es la aceptación por el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, de una propuesta de reparación extrajudicial. El acuerdo puede ser expreso y pleno como consecuencia de la concurrencia de voluntades de los interesados. Pero también es válida a efectos de la vigencia de la propuesta reparadora, la voluntad unilateral de la representación del menor si los perjudicados no expresaren un *contrarius consensus* en el tiempo fijado, o si habiendo manifestado explícita oposición, ésta fuera manifiestamente infundada. Pero ¿y si fuere el menor, debidamente asistido, quien no aceptare la propuesta? ¿No se da lugar a la suspensión del fallo o se le impone también la propuesta de reparación?

¿De quién debe partir la propuesta? No de la representación del menor ni de los perjudicados, porque estos se limitan a aceptar la propuesta o a oponerse a ella. Ellos no convienen o acuerdan una propuesta. En el texto de la Ley se desconoce de quién debe partir; tan sólo sabemos que el Juez acordará la suspensión del fallo si la propuesta se acepta (art. 16,3 párrafo segundo). Si deben ser oídos el equipo técnico, el Ministerio Fiscal y el Abogado sobre la propuesta y el Juez debe valorarla, insistimos ¿cuál debe ser el origen de la propuesta?

¿Cuál es el contenido de la propuesta de reparación extrajudicial? En principio, puede asignársele naturaleza patrimonial, porque el menor debe estar asistido por su representación legal y porque los otros interesados en la propuesta son los perjudicados. Aunque no exactamente igual esta reparación sería análoga a la reparación o promesa de reparación de los daños causados a la víctima, y cuyo efecto es la conclusión del expediente sin comparecencia, definida en el art. 15,6, apartado segundo. En ambos supuestos la reparación -que no es medida conforme al art. 17- sustituye a las posibles medidas aunque en momentos distintos: si el hecho es de poca gravedad, archivándose el expediente antes de la comparecencia, y si es de más entidad, suspendiéndose el fallo provisionalmente. Pero si la reparación extrajudicial del art. 16,3 fuera estricta y exclusivamente patrimonial ¿por qué el Juez ha de valorar «el sentido pedagógico y educativo» de la propuesta de reparación? Seguimos sin saber cuál es el verdadero contenido que la ley quiso asignar a esta propuesta. Y conocer el exacto contenido es esencial para precisar, en un momento determinado, si se ha cumplido o no íntegramente por el menor la propuesta aceptada. Cuestión importante porque el cumplimiento de la propuesta en el plazo señalado, es impeditivo de pronunciar el fallo y aplicar medidas y el incumplimiento es determinante de la revocación del acto procesal de suspensión del fallo, con el consiguiente pronunciamiento y efectividad de las medidas a ejecutar ya en forma normal. Como datos para alinearnos en la situación de cumplimiento o en la de incumplimiento, de la ley sólo se extrae que «se deberá dejar constancia en acta de los términos de la reparación y del mecanismo de control de su cumplimiento».

Otro tema: la legitimación para solicitar la suspensión del fallo. Se atribuye al Juez de Menores, de oficio, o al Ministerio Fiscal y al Abogado. Pero ¿cuándo se insta? El Juez dentro del plazo de cinco días para dictar sentencia. ¿Y los demás legitimados? El último momento hábil es durante la celebración de la Audiencia.

¿Cuál es el tiempo de duración de la suspensión del fallo? El término que se fije lo será «por tiempo determinado». El límite máximo son dos años. El mínimo se encuentra indeterminado. Lógicamente estará en función de los aspectos patrimoniales y educativos de la propuesta de reparación extrajudicial.

g) Ejecución y revisión de las medidas

1. La Disposición Adicional 3.^a de la Ley Orgánica 4/1992 dispone que «la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores corresponde a las Entidades Públicas competentes en la materia». La redacción no es técnicamente ajustada, pues en su pura literalidad estaría en contra del principio de exclusividad jurisdiccional que reconoce el art. 117 de la C.E. Sin embargo, en interpretación estricta la norma expresa que para la ejecución de las medidas ha de valerse el Juez de los medios a proporcionar por las correspondientes Entidades Públicas, en paralelismo con las relaciones existentes entre los Tribunales penales e Instituciones Penitenciarias. Las Entidades Públicas no pueden cumplir una función que sólo corresponde al Juez. Este hace ejecutar sus resoluciones. La Administración «ejecutar» las decisiones de aquél. Es posible distinguir entre lo que es «hacer ejecutar» y lo que representa «ejecutar», atribuyendo esas funciones a órganos distintos. El Juez, en todo caso, mantiene el control de la ejecución, debiendo la Administración dar cuenta periódica de ello, y siempre que surja cualquier incidencia.

En el proceso de ejecución de medidas es imprescindible una colaboración permanente entre Jueces de Menores, Ministerio Fiscal y Administraciones públicas y de las Comunidades Autónomas. Pero ¿cuáles son en cada Comunidad Autónoma las Entidades Públicas a quienes se confía la ejecución de las medidas y con las que el Ministerio Fiscal ha de mantener estrecho contacto? Son variables, y como las mismas Entidades no siempre están capacitadas para la ejecución de ciertas medidas, son otros organismos que forman parte de entidades colaboradoras quienes realizan la coordinación entre la Administración que ejecuta a instancias del Juez y las entidades colaboradoras. Los recursos materiales, instrumentales y personales con que cuentan la Administración Central y las Comunidades Autónomas para la efectividad de la ejecución no son los mismos. En este orden tampoco las Comunidades Autónomas son homogéneas, sino un mosaico plural con facetas positivas en algunas, pero generalmente negativas, con grandes carencias en la infraestructura y en la misma manera de ejecutar. Y poner rápidamente en marcha la ejecución de las medidas no es fácil, y costoso en las Comunidades pequeñas con pocos menores sujetos a expediente. Pero lo cierto es que la Ley resultaría ineficaz si no existen posibilidades de cumplir exactamente las medidas.

En particular, líneas generales sobre algunas medidas.

Amonestación.- ¿Quién la ejecuta? No ofrece dudas que debe ser el Juez de Menores tanto si se trata de amonestaciones previas a la sentencia (reglas 7.^a y 9.^a del art. 15) como si se acuerdan en la sentencia. La amonestación debe ser motivada, en relación con el caso concreto, no bastando las genéricas e indeterminadas. Será preciso en algunas ocasiones la publicidad relativa o en presencia de la familia o los representantes legales del menor. Aunque no consista en una reprobación privada, ya inexistente, tampoco debe caracterizarse por la cordialidad.

Internamientos de fines de semana.- ¿Dónde hay que internar a los menores? No en establecimientos de régimen abierto, sino semiabierto. También es posible en el domicilio de los padres si estos responden y con cierto control. No en los Centros de reforma, porque su tratamiento ha de ser distinto al de los menores allí internados. La duración será de 36 horas y cuando comprenda más de un fin de semana puede cumplirse en

semanas no consecutivas.

Libertad vigilada.- Se está demostrando que las Comunidades Autónomas carecen de medios para la ejecución de esta medida. En teoría debe hacerse el seguimiento a través de delegados sobre un plan determinado que se pasará al MF y a las defensas. De otro modo para nada serviría por lo que en estos casos lo más ajustado sería modificar la medida.

Acogimiento.- ¿Debe representar un régimen idéntico al del art. 173 del Código Civil? No es el del Código Civil. En primer lugar, porque es un acogimiento por profesionales de la educación, si fueran a una familia normal se lesionaría el derecho de los padres. En segundo lugar, porque al tratarse de un menor conflictivo, este acogimiento es medida de reforma, no de protección, en cuanto deriva de la comisión de un hecho punible. Y por último, porque aquí no media consentimiento, sino que se impone; y no es de amparo y protección, además, porque esta medida, si procediera, se ha decidido ya antes de este momento conforme a la regla 11, c) del art. 15. Si se ha de ejecutar tras la firmeza de la sentencia existe la dificultad de encontrar personas o familias dispuestas a asumir ese acogimiento. Y como el acogimiento será remunerado ¿por quiénes lo serán? Por los organismos colaboradores de las Comunidades Autónomas.

Privación del derecho a conducir ciclomotor o vehículos de motor, Ya hemos dicho que no se trata de privación del permiso de conducir, porque, obviamente, por razón de la edad se carece de él. Se trataría de una privación anticipada, de una expectativa, porque el derecho no ha nacido. Así, el tema es éste: ¿cuando comienza la ejecución de una medida de privación de un derecho no nacido? No inmediatamente después de adoptada dado que resultaría ineficaz en la mayor parte de los casos, porque durante el tiempo de la privación del derecho -un máximo de dos años- el derecho no habría nacido.

Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad y tratamiento ambulatorio e ingreso en Centros terapéuticos.

Realmente no está creada la infraestructura necesaria para llevar a cabo estas medidas. La prestación de servicios en beneficio de la Comunidad no puede identificarse con trabajos forzados sino con un trabajo verdadero. En ningún caso atentará a la dignidad personal. Se puede llegar a acuerdos con entidades benéficas públicas o privadas (Caritas, Cruz Roja, etc.) porque no habrá técnicos en las Comunidades Autónomas para coordinar y ejecutar las medidas. Al tratamiento ambulatorio han de preceder siempre informes médicos, psiquiátricos y psicológicos, no necesariamente de Médicos forenses ni de los componentes de los Equipos Técnicos.

Si no hay específicos Centros terapéuticos bastarán los Centros en que hay alguna Unidad en que se dé acogida a los jóvenes, sin que sea imprescindible su autonomía.

Ingreso en Centros de régimen abierto, semiabierto o cerrado. Se carece de un status jurídico sobre el internamiento de los menores en régimen cerrado, abierto o semiabierto. No existen reglamentos generales. En todo caso, reglamentaciones particulares ordenadoras del régimen interno, quedando todo al arbitrio de organismos de las Administraciones Central o Autonómicas. El marco jurídico normal puede quedar reducido a

un director del Centro que decide autónomamente, unos educadores y el menor. Pero el menor tiene derechos y estos pueden ser vulnerados. ¿Con qué medios cuenta el MF para controlar el cumplimiento de estas medidas? Su intervención en la ejecución es básica y sus facultades amplias. Deberá vigilar los Centros de reforma; es esencial su visto bueno a los reglamentos internos, sobre todo en lo referente a medidas disciplinarias de especial rigor y a las posibles sanciones de aislamiento. Aparte el control activo del MF los directores de los Centros deberán dar cuenta de los cambios y de la evolución del menor; del programa correctivo del internamiento o del proyecto educativo que se va a acometer con el menor, así como del sentido del tratamiento. ¿Pero cuales son las garantías de ese cumplimiento? Imprescindible es adoptar los mecanismos en cada caso precisos para que Jueces de Menores y Ministerio Fiscal controlen eficazmente el cumplimiento de estas medidas. El art. 18 de la Ley de 1948, no derogado, concede al Juez una vigilancia permanente de todas las incidencias; en este sentido el Juez de Menores es un Juez de Vigilancia con todas sus consecuencias. También es básica la intervención del MF en la ejecución de estas medidas. Hay que seguir las fichas de estos menores, y ello en base al art. 23 de la nueva Ley, conforme al cual puede pedir que se emitan informes sobre el cumplimiento en general.

Otras medidas.

- ¿Y la medida sustitutoria adoptada al tiempo de la suspensión del fallo, que consiste en el cumplimiento de una reparación extrajudicial? Se desconoce el mecanismo de control de su cumplimiento. Pero si tuviere en algunos casos únicamente contenido patrimonial, dado que la aceptación del menor está complementada para que adquiera validez por la voluntad de sus representantes legales, en caso de incumplimiento podrá instarse el cumplimiento forzoso. Si fuera imposible el único efecto sería la revocación de la suspensión del fallo.
- Otro punto distinto tratamos ahora: la ejecución de medidas no impuestas al menor sino a sus padres o representantes legales por la comisión de algunas de las faltas del art. 584.1 y 2 del Código penal en las que los menores son víctimas. Para su conocimiento son competentes los Juzgados de Menores (art. 9.2.º de la Ley) por el procedimiento del juicio de faltas (art. 15.2 de la Ley). No hay cuestión para la ejecución de las penas privativas de libertad y de las penas pecuniarias, sujetas al régimen general. Pero al final del art. 584 del Código penal se dispone «que los padres o tutores mencionados en los números 1 y 2 de este artículo, podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad o a la tutela sobre el menor».

La suspensión de la patria potestad estaba reconocida en el Código Civil en su art. 171: los Tribunales, decía esta norma, podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio. Cuando el Código Penal de 1944 incorporó a su texto el abandono de familia como infracción penal, su art. 487 preveía que los Tribunales podrían acordar la privación de la patria potestad, y en el art. 584, cuando los hechos fueran de menos entidad o constitutivos de falta, se disponía que los padres podían ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor. Así había coincidencia entre el Código Civil y el Código Penal: para los hechos más graves privación de la patria potestad, para los menos graves, suspensión.

Ahora la situación es distinta. Permanecen en sus líneas generales los arts. 487 y 584 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Pero el Código Civil en materia de patria potestad experimentó una notable modificación con la Ley de 13-5-1981. El nuevo texto desconoce la suspensión de la patria potestad. El art. 170 expresa ahora que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, en causa criminal o matrimonial, Y el caso es que la patria potestad suspendida permanece en el art. 243.1.º del Código Civil cuando dice que no pueden ser tutores los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

¿Cómo debe interpretarse el art. 170 del Código Civil, concretamente los términos privación total o parcial de la patria potestad? ¿La privación parcial equivale a suspensión de la patria potestad, y la privación total a la definitiva? Ni la privación total significa privación definitiva, porque puede recuperarse cuando hubiera cesado la causa, (art. 170, párrafo segundo del Código Civil), ni la privación parcial se identifica con la suspensión. Si la patria potestad tiene conforme al art. 154 y concordantes del Código Civil, contenido personal (guarda, alimentación, educación) y contenido patrimonial (administración, representación, usufructo limitado), la privación parcial abarcará algunas de las funciones que integran la patria potestad, en tanto que la suspensión es la privación temporal del ejercicio de todas las de la patria potestad. A ello se refiere el último párrafo del art. 584 del Código Penal en el texto de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio: «podrán ser suspendidos en el ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad», en tanto que ese mismo artículo en su redacción anterior afirmaba que «podrán ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor». Esto sí era privación parcial.

Delimitado el contenido de la suspensión de la patria potestad queda sin concretar cuál será el tiempo de la suspensión. No el tiempo de la condena privativa de libertad porque la suspensión de la patria potestad no es pena accesoria sino medida establecida en beneficio del menor. Tampoco el tiempo asignado a las penas de suspensión de derechos públicos en el Código penal. El tiempo está legalmente indeterminado. ¿Podrá acordarse en la sentencia que se recupera la patria potestad suspendida cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión, al modo prevenido en el art. 170, párrafo segundo, del Código Civil? ¿O la medida de suspensión tendrá el límite máximo previsto para las medidas a adoptar contra el menor en el art. 16, 1.º de la Ley?

2.- Revisión de las medidas. Así como la medida cautelar de internamiento puede ser modificada -no sustituida por otra- o ratificada transcurrido un mes como máximo (regla 5.ª del art. 15), las medidas definitivas o adoptadas en las resoluciones de los Jueces de Menores -con la excepción de la número 1 del art. 17- «pueden ser reducidas y aún dejadas sin efecto por el Juez que las haya dictado» (art. 23). Así, las medidas cuyo cumplimiento sea continuado y sin intermitencias, se reducen o se extinguen antes del día de su cumplimiento efectivo. La extinción anticipada no plantea problemas. Si los suscita el otro término: la reducción de las medidas. ¿Reducción va referido necesariamente a la misma medida impuesta? Se trataría entonces de reducción del tiempo de duración fijado en la Sentencia, de reducir la extensión de la misma medida. ¿Pero es posible incluir en la palabra reducción la sustitución de la medida impuesta por otra incluso de distinta naturaleza? Ello implicaría transformación de la medida, el reemplazamiento por otra. Esta interpretación

desborda la letra de la Ley, y , de aceptarse, en ocasiones podría ser más gravosa para el menor, pues no toda sustitución tiene por qué ser más beneficiosa ya que está en función de la evolución del cumplimiento de la medida. En cambio la reducción nunca perjudicaría la situación del menor. Hemos de señalar que en el preámbulo de la Ley hay un párrafo que dice: «se establece la posibilidad... de revisar las medidas impuestas en atención a la evolución de las circunstancias del menor». Indudablemente revisión es término más amplio que reducción, pues en sus efectos cabe cualquier modificación, tanto la cancelación total como la reducción y la sustitución, con el límite de que la medida que ocupe el lugar de la impuesta sea alguna de las previstas en la Ley. Mas la llamada revisión en el preámbulo de la Ley, debe comprender sólo los conceptos del art. 23, con lo que se limita a anticipar el cumplimiento en sus dos formas: quedar sin efecto la medida, cancelándola, o reducirla cuantitativamente. No se trata de una revisión en sentido técnico como acontece en medidas impuestas a otras personas peligrosas que abarcan también la faceta negativa de prolongación de la medida acordada o la sustitución por otra.

La tesis de que reducción puede alcanzar la sustitución de la medida impuesta es otro criterio que aquí se rechaza y que se manifiesta del siguiente modo: Las medidas, según dispone el art. 23 son modificables en cualquier momento, reduciéndolas o cancelándolas. Cabe, por tanto, convertir un internamiento no agotado en su tiempo, en una libertad vigilada por ejemplo. Incluso cabe que esa posibilidad de modificación se fije ya en la resolución. A tal fin habrá ocasiones en que pueda pedirse expresamente una medida de internamiento de seis meses, por ejemplo, solicitándose que a los dos meses se revise la misma para determinar la posibilidad de cumplir el resto del período en régimen de libertad vigilada... También, no obstante, cabe pensar en una modificación a la vista de la manifiesta ineficacia de la medida. No se olvide que no se trata propiamente de sanciones. 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.

¿Cuándo existe la posibilidad de reducir o extinguir las medidas impuestas? Así como para la medida cautelar de internamiento cualquier modificación positiva o negativa ha de adoptarse antes de que transcurra un mes, en el art. 23 no se establece plazo alguno ni *a quo* ni *ad quem*. Resulta sin embargo evidente que el cumplimiento se ha iniciado y que el menor ha estado o está a disposición del Juez, porque la reducción o la extinción se acuerdan por el Juez «a la vista de los informes que se emitan sobre su cumplimiento y el desarrollo del menor».

¿Y el procedimiento a seguir para la revisión? Se formará una pieza separada con los informes emitidos sobre la evolución del cumplimiento; los legitimados para iniciarla son el MF y el representante legal del menor, sin que conforme al art. 23 lo esté la defensa.

h) Los recursos en la ley orgánica 4/1992

El art. 16 números 4 y 5 dispone que contra los autos y resoluciones de los Jueces de Menores cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se interpondrá en el plazo de cinco días, contados a partir de su notificación; y contra las providencias de los Jueces de Menores, cabe recurso de reforma ante el propio Juzgado, que se interpondrá en el plazo de tres días contados a partir de su notificación.

Dado el carácter supletorio de la L.E.Cr. no serán recurribles las resoluciones que en ella estén exceptuadas

como: autos de abstención (art. 55); auto admitiendo práctica de pruebas para la apertura de audiencia (art. 659.3); auto acordando la apertura de audiencia, a semejanza del auto de apertura de juicio oral que se reputa inimpugnable; auto que desestima la recusación (art. 228 de la LOPJ que modifica en este punto el art. 69 de la L.E.Cr., sin perjuicio, obviamente, de hacer valer esa causa de recusación que se pretende a través de los recursos que procedan contra la resolución definitiva).

La tramitación del recurso de reforma se sujeta a las normas generales de la LECr. (arts. 787 y 222 de la LECr.)

Contra la denegación de la admisión de un recurso, debe admitirse un recurso de queja ante la Audiencia Provincial.

Es dudoso qué trámite deberá darse a los recursos de apelación: el del juicio de faltas, el del procedimiento abreviado o el previsto para los sumarios ordinarios. En la práctica es más rápida la resolución de las apelaciones en los juicios de faltas y en el procedimiento abreviado, siendo su régimen muy similar tras la última reforma de la LECr. por Ley 10/1992, de 30 de abril. Debe concluirse que la apelación de todas las resoluciones de los Jueces de Menores, pongan o no fin al procedimiento se tramitará por las normas del procedimiento abreviado, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas generales de los recursos de la L.E.Cr. Es necesario que a dichas apelaciones se las dé un trámite de carácter urgente y preferente en las Audiencias Provinciales.

Ahora bien ¿procede el recurso de apelación en ciertos casos por los perjudicados? La Ley no permite su intervención en el procedimiento de reforma ejercitando acciones penales (art. 15.2), pero no se prohíbe el de las acciones civiles, y si han de notificarse las resoluciones y autos que pongan fin al procedimiento a las personas que pueden verse afectadas por ellas (art. 270 LOPJ), es posible el recurso en el área de la responsabilidad civil.

i) Régimen transitorio en los órdenes sustantivo y procesal

1. Para los expedientes iniciados antes de la vigente legalidad, surge la duda de si en ellos podrán imponerse las medidas introducidas por la Ley orgánica 4/1992, o habrá de estarse al catálogo más reducido del art. 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. La disposición adicional segunda de la Ley establece la supletoriedad del Código penal, lo que nos conduce a sus arts. 23 y 24, que no hacen sino plasmar en el orden penal el principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la C.E. La cuestión no es fácil de determinar, pero se entiende que en la medida en que en la legislación anterior era posible adoptar la medida de internamiento, y ésta ha de considerarse más gravosa que cualesquiera de las medidas de nueva creación reflejadas en el art. 17 de la Ley (privación del derecho a conducir, prestación de servicios en favor de la Comunidad, tratamiento ambulatorio o ingreso en Centro de carácter terapéutico) nada impide solicitar esas medidas para hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la Ley nueva. El argumento se consolida si se toma en consideración que no se trata propiamente de penas, sino de medidas que han de tender a la formación y educación del menor.

2. La única disposición transitoria de la Ley se limita a decir que mientras subsistan los Tribunales Tutelares de Menores serán competentes para conocer de los procesos seguidos por los supuestos comprendidos en el art. 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Nada se dice respecto al régimen aplicable a los expedientes en

tramitación al tiempo de su entrada en vigor, con lo que regirá el principio de retroactividad a que dan acogida los arts. 9.3.º de la Constitución y 2.3.º del Código Civil. Sin embargo, este principio trasladado a las normas procesales no es pacífico en su aplicación. Conviene hacer una precisión previa que parte de la consideración del Derecho procesal como derecho autónomo. El dato a tener en cuenta para determinar si estamos ante una aplicación retroactiva de la ley procesal, no es la fecha en que acontecieron los hechos, sino el momento en que se está siguiendo el proceso. Por ello, las actuaciones incoadas después de la publicación de la Ley, aunque lo sean por hechos acaecidos con anterioridad, se ajustarán en su tramitación a la Ley nueva. Y para señalar cual es el momento de incoación, habrá que estar no a la fecha del inicio de las actuaciones procesales, sino a la fecha de recepción en el órgano judicial o fiscal de tales actuaciones.

Fuera de esta primera precisión, hay argumentos para defender otras posturas: estimar que la aplicación de la nueva Ley a los procesos pendientes no supone retroactividad (*tempus regit actum*); considerar que los procesos ya abiertos han de continuarse conforme a la normativa vigente al tiempo de su iniciación; distinguir según se trate de fases procesales (terminación de la fase en curso con arreglo a la normativa anterior y acomodación de la fase siguiente a la ley nueva); aplicación de la ley posterior en todo caso a los procesos pendientes, aunque dejando subsistente la validez de los actos anteriores, salvo que de la nueva ley se desprenda lo contrario.

Ante este panorama y teniendo en cuenta criterios de orden práctico, parece ajustado que la continuación de los expedientes en trámite, se culmine conforme a la legislación anterior si bien con ciertas modificaciones que se anotarán. De un lado, porque la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal consiste en mantener la dualidad instructor-enjuiciador, y esa finalidad no se alcanzaría con la remisión de los expedientes -que ya están en mayor medida instruidos por el Juez- a Fiscalía, por lo que no concurriría la razón motivadora de la reforma, al no evitarse la confusión de funciones de instrucción y enjuiciamiento, en la medida en que el Juez de Menores ya estaría -en expresión de frecuente acogida en la jurisprudencia- «contaminado». De otro lado, porque el cambio de órgano instructor podría afectar, en alguna medida, al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley. Y, finalmente, por una fuerte razón de orden práctico: con las actuales disponibilidades de las Fiscalías, esa remisión global de los expedientes habría supuesto el colapso absoluto.

Por tanto, es preferible entender que los expedientes cuya tramitación se inició antes de la nueva Ley se regirán en lo sucesivo por la normativa anterior. Sin que quepa argüir en contra que no existía normativa anterior a partir de la sentencia del T.C. de 14-2-1991 que hablaba de vacío normativo. La no existencia de normativa particularizada escrita no significa la inexistencia de normas. De modo necesario había de seguirse un cauce procesal derivado de los principios generales del Derecho, normas constitucionales e internacionales vigentes, concretándose por el Juez en sus últimos términos conforme a la labor integradora que el mismo Tribunal Constitucional les llamaba a ejercer (art. 1,7 del C.C.)

Para esa labor integradora, sin embargo, los principios de la nueva ley pueden jugar una importante baza interpretativa. De ahí se deriva que en tales expedientes se entenderá:

- No ser imprescindible la emisión de informes por el equipo técnico.
- Que antes de resolverse el expediente, por el Ministerio Fiscal se emitirá dictamen indicando si estima

procedente o no la imposición de medidas y, en su caso, la que repute adecuada.

- Que no es necesario que para imponer la medida de amonestación se celebre vista.
- Que para la imposición de las demás medidas se atenderá al caso concreto para instar o no la celebración de vista. No se considera necesaria cuando el principio de contradicción haya sido plenamente salvaguardado durante las actuaciones.
- En los casos en que el Juez de Menores haya llevado a cabo una auténtica labor instructora con carácter plenamente inquisitivo, se valorará la procedencia de suscitar o no el incidente de recusación. En el caso de que no haya existido propiamente labor instructora, sino puramente de enjuiciamiento -aunque no concentrado- con salvaguarda del principio de contradicción -o posibilidad de contradicción- en todas las diligencias, no habrá inconveniente legal ni constitucional para que el mismo Juez que venga conociendo del expediente adopte la resolución oportuna.

