

La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores

JUAN JOSÉ MÁRQUEZ BONVEHÍ

Coordinador de la Fiscalía de Menores

329

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: BREVE MENCIÓN A LA SITUACIÓN ACTUAL

Para analizar las novedades de la nueva Ley orgánica reguladora de la responsabilidad de los menores es preciso conocer la normativa anterior, pero «conocer» cuál es la situación actual, de dónde venimos, es materia desconocida para gran parte de las personas que trabajan en el ámbito del derecho.

La gran ignorada y oculta de nuestras jurisdicciones es la de los menores. Todavía se encuentran artículos de prensa e incluso resoluciones judiciales donde se menciona al «Tribunal Tutelar de menores», institución que ya hará quince años que desapareció (Ley orgánica del poder judicial). En los programas de estudios de la Facultad de Derecho, al menos en la Universidad Autónoma de Barcelona (en la década de los ochenta) no se hacía la más mínima referencia a qué es lo que ocurría ante la comisión de un hecho ilícito por parte de los menores, bastaba con señalar que el artículo 8.3 del Código penal vigente en su momento establecía que los «menores de edad están exentos de responsabilidad criminal». Incluso en el temario de oposiciones para el acceso a la carrera judicial y fiscal (durante toda la década de los ochenta) no existía ningún tema referido a la comisión por parte de menores de «delitos o faltas».

Este absoluto desconocimiento de la materia, no únicamente entre los «estudiantes del derecho» sino incluso entre los profesionales, sólo en una pequeña parte se vio solventada por la aprobación de la llamada Ley orgánica 4/92, exigida tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 14 de febrero de 1991 que declaró completamente inconstitucional el procedimiento de reforma que la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1949 regulaba. La Ley orgánica 4/92 modificó la antigua Ley del Tribunal Tutelar de Menores en su rúbrica, llamándola Ley orgánica reguladora del procedimiento y de la competencia de los juzgados de menores, pero lo que es más importante, en todo el procedimiento y principios que la inspiraban.

Así pues, de una Ley del Tribunal Tutelar de Menores basada en un procedimiento puramente inquisitivo justificado por el actuar en interés y para la «protección» del menor, donde el juez instruía y juzgaba sin que el menor estuviera asistido de letrado, sin ninguna intervención del Ministerio Público, con un proceso secreto y sin ninguna garantía, con medidas ilimitadas en el tiempo salvo la mayoría de edad civil, sin proporcionalidad entre el hecho cometido y la medida impuesta, con una imposición de medida basada en necesidades asistenciales del menor desconectadas del hecho cometido, donde sólo se preveía la amonestación, la libertad vigilada y el internamiento como medidas posibles; se pasó a un proceso basado en el sistema acusatorio puro, donde rigen todas las garantías, avanzadilla en nuestro ordenamiento jurídico de sistemas procesales procedentes de fuera de España, en el cual es el Ministerio Público el encargado de la investigación de los hechos cometidos por los menores de edad, donde el letrado puede intervenir desde el inicio de la imputación, con un régimen estricto para la adopción de medidas cautelares que exige su ratificación al cabo de un mes desde su adopción, con un amplio abanico de medidas a aplicar adaptadas a la situación del menor, limitadas en cuanto a su ámbito temporal (un máximo de dos años sea cual sea el hecho cometido), con una fase intermedia perfectamente diferenciada que permite analizar al juzgador si la imputación está suficientemente motivada...

El sistema establecido en la Ley orgánica 4/92 no tiene como fin ni la retribución de la conducta cometida por el menor, ni su «protección», sino su interés educativo. La afirmación anterior queda corroborada por la implantación que dicha norma establece del sistema de oportunidad (verdadera novedad en nuestro ordenamiento jurídico), el intento de la Ley de «abortar» el proceso tan pronto ello sea posible, bien por la exclusión de las «bagatelas», permitiendo al fiscal no incoar expediente ante hechos nimios, introduciendo en nuestro sistema la institución de la mediación como vía alternativa al derecho sancionador y como respuesta suficiente cuando con ello se ha alcanzado el interés educativo del menor, bien por la conclusión de las actuaciones en cualquier fase del procedimiento cuando el interés del menor así lo pueda aconsejar.

Pero no se trata sólo de «proteger» al menor, éste es una persona que está en proceso de formación, con una serie de derechos y obligaciones, responsable en parte de sus actos. Por ello su interés educativo no excluye un aspecto sancionador, así lo recoge el fundamento jurídico tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de julio de 1993 al señalar que «por otra parte, tampoco se aparta de la orientación protectora principal, que coexiste necesariamente con algún aspecto represivo o correccional, sancionador en suma, porque todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas...».

Como de lo que se trata es de actuar con el menor mientras éste lo sea, y como ninguna persona debe sufrir como adulto las consecuencias de los hechos que cometió cuando era inimputable, es decir menor de edad, la propia Ley orgánica reguladora del procedimiento y la competencia de los juzgados de menores establece que las medidas cesarán en su aplicación tan pronto el menor alcance su mayoría de edad civil (a los dieciocho años), lo que se plasma en que, fuere

cual fuere el hecho cometido (incluso los delitos contra la vida), el menor no continuará cumpliendo la medida al alcanzar la mayoría de edad civil.

2. ASPECTOS PENALES EN LA LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

2.1 La nueva franja de edad y el ámbito material de aplicación

Actualmente la jurisdicción de menores abarca el tramo comprendido entre los doce y los dieciséis años. Es posible que menores de tal edad puedan cometer hechos ilícitos y algunos de ellos de extrema gravedad (casos famosos en el extranjero han sido divulgados por la prensa), pero en todo caso son hechos aislados donde, además, el menor de doce años difícilmente puede entender el alcance de sus actos. En los casi nueve años de aplicación de la Ley orgánica 4/92 no se han detectado hechos graves cometidos por menores de doce años en la Fiscalía de Barcelona.

La nueva Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores establece su ámbito de aplicación (art.1) en el tramo de edad comprendido entre los catorce y los dieciocho años, quedando fuera de su aplicación, por disposición expresa, todas las conductas cometidas por los menores de catorce años (art. 3).

Sí bien para los niños de doce años parece adecuada tal solución, ello no es así para los de trece, los cuales, por motivos de desarrollo físico, ya han iniciado el cambio hacia la adolescencia y pueden cometer hechos de extrema gravedad (por ejemplo, robos con intimidación o agresiones sexuales violentas). Para los menores de catorce años, tal como señala el artículo 3 de la nueva Ley, no se prevé otra respuesta que no sea la que pueda dar la entidad pública de protección de menores —en Cataluña, la Dirección General de Atención a la Infancia—, solución que, cuando se den hechos muy graves, podrá producir una grave alarma social por la absoluta falta de respuesta.

Pero la nueva Ley no se limita al tramo de catorce a dieciocho años, los propiamente menores, sino que prevé su posible aplicación para los llamados, en términos legales, «jóvenes», de entre dieciocho y veintiún años (art. 4), es decir, la posibilidad de que el juez de instrucción se inhiba de su conocimiento en favor de los juzgados de menores. Para ello son precisos dos requisitos: uno, que el delito no sea grave (es decir todas las faltas y todos los delitos cuya pena no exceda de los tres años de prisión), y dos, que el joven «no haya sido condenado en sentencia firme por hechos delictivos cometidos una vez cumplidos los dieciocho años»; asimismo debe remarcarse que no se deberán tener en cuenta los hechos que haya cometido durante su minoría de edad. Además se exige un tercer requisito no vinculante, la elaboración de un informe sobre las circunstancias personales del imputado y su grado de madurez elaborado por el equipo técnico. Dicho informe puede recomendar la aplicación de la Ley orgánica de responsabilidad penal de los menores, pero el juez de instrucción no está vinculado por el mismo.

En 1999 la Fiscalía de menores-reforma del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña incoó, para toda la provincia de Barcelona, expediente para unos dos mil ochocientos menores de entre doce y dieciséis años. Se desconoce a qué población abarcará la nueva Ley, pero según algunos cálculos basados en muestreos y pirámides de población lo mínimo es duplicar el número, sólo hasta los dieciocho años; según otros cálculos más pesimistas, para el tramo de catorce a veintiún años se prevé la incoación de unos cuatro a cinco mil expedientes por delito y de otros diez mil por falta, todo ello dependiendo de cuáles sean los criterios que adopten los jueces de instrucción de la provincia de Barcelona para la remisión a Fiscalía de los «jóvenes». En todo caso son números suficientemente altos para suponer una absoluta novedad en la totalidad de la justicia penal y alcanzar un porcentaje más que significativo sobre el fenómeno de la delincuencia.

El tramo de edad está perfectamente delimitado en la nueva Ley, pero para su aplicación se presupone que se conoce con exactitud la edad de la persona que ha cometido el delito, sin embargo la nueva Ley no prevé ninguna solución específica para aquellas personas no identificadas de las que se desconoce su edad. Piénsese en los muchos emigrantes que conviven con nosotros y que carecen de cualquier tipo de identificación; en estos casos, y si manifiestan que pueden tener menos de dieciocho o de veintiún años, habrá que acudir a las normas generales de la Ley de enjuiciamiento criminal (art. 375), es decir, a falta de documentación será preciso realizar un informe pericial por parte de médico forense, quien sólo podrá ofrecer un cálculo aproximado, con grandes márgenes de error. Como consecuencia de lo anterior es claro que cualquier persona que cometa un delito y pueda tener entre diecisiete y veintidós años, según dictamen médico, deberá pasar obligatoriamente a la jurisdicción de menores.

La nueva Ley se aplicará a todos los menores de dieciocho años y podrá aplicarse para los menores de veintiún años en un gran número de supuestos, no sólo ante la comisión de delitos o de faltas del Código penal ordinario, sino también cuando los delitos cometidos estén descritos en el Código penal militar (disposición adicional primera de la nueva Ley).

Al no distinguirse en la nueva ley la «naturaleza» de los delitos que son objeto de su aplicación, ello conllevará otra novedad importante como es la pérdida de competencia por la Audiencia Nacional de los delitos de carácter «terrorista» cometidos por menores de dieciocho años, así como la posible pérdida para todos aquellos delitos de carácter «terrorista» cometidos por menores de veintiún años que no sean «graves», competencia que deberá ser asumida por los jueces y fiscales de menores de la provincia donde ocurran los hechos.

2.2 Las medidas y sus reglas de aplicación

La enumeración de las medidas que la nueva Ley desarrolla en su artículo 7 supone una relativa novedad con la situación actual: se mantiene el internamiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado, la libertad vigilada, la amonestación, la privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos de motor, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el tratamiento ambulatorio o ingreso en

un centro de carácter terapéutico, pero se amplía el abanico de posibilidades con las nuevas medidas de asistencia a un centro de día, la realización de tareas socio-educativas, la privación de licencias administrativas de caza o armas. Se cambia, en parte, la ya existente de arresto de fin de semana por la de permanencia de fin de semana; y la de acogimiento por otra persona o núcleo familiar, por la de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, regulando con detalle, además, una serie de reglas de conducta que pueden acompañar a la libertad vigilada.

Nada hay que objetar a que el número posible de medidas a imponer sea mayor, pero es preciso recordar que, en muchos lugares de España, las «ya» existentes medidas no han sido nunca aplicadas por falta de medios (por ejemplo, los trabajos en beneficio de la comunidad). Está bien que la ley regule nuevas medidas, sin embargo, para que puedan ser impuestas, lo que se requiere es que se dote a la jurisdicción de menores, y aquí debe incluirse a la Administración encargada de la ejecución de aquéllas, de medios personales y materiales suficientes que permitan que dichas medidas puedan ser impuestas y ejecutadas.

El artículo 9 de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores señala cuáles son las reglas para la aplicación de las medidas, y esto sí es una novedad respecto de la situación actual. La Ley orgánica 4/92 no preveía ningún tipo de reglas salvo el máximo de duración: ninguna medida podía durar más de dos años, bastaba, tal como reiteradamente señaló el Tribunal Constitucional, con guardar la proporcionalidad con las penas establecidas en el Código penal para la misma conducta. Así, ante un menor que reiteradamente substrajera objetos en unos grandes almacenes (una falta continuada de hurto) era posible imponer la medida de libertad vigilada, pero no era posible acordar su internamiento; de igual forma, ante una menor que hubiere cometido un infanticidio era posible adoptar la medida de internamiento en régimen cerrado pero también era posible adoptar la medida de servicios en beneficio de la comunidad; o ante un menor que cometiera un asesinato de su hermana era posible acordar su internamiento en régimen abierto. En definitiva, se trataba de analizar la gravedad del caso y, una vez conocido éste, examinar cuál de las medidas posibles era la más adecuada para la situación del menor. Ni el fiscal de menores estaba sujeto a una reglas fijas para solicitar una medida, ni siquiera ante un menor reincidente, ni el juez de menores lo estaba para su adopción. Eso sí, especialmente tras varias sentencias del Tribunal Constitucional, guardando siempre la proporcionalidad «por arriba» con la pena que le hubiere correspondido de cometer la conducta si fuere adulto, es decir, ningún menor podía ser de peor condición que un adulto.

Para los menores de dieciséis años, ante la comisión de hechos constitutivos de faltas, excepto el internamiento, todo el resto de medidas eran posibles. Lo que se juzgaba era el hecho ilícito, el acto físico del «hurto» o de la «estafa», no el valor del objeto, dependiente de múltiples factores, desde los criterios de un perito judicial, hasta los de la factura presentada, o incluso de la mala suerte, piénsese que una misma conducta y una misma intención, como es coger una cartera al descuido, puede convertirse en delito o en falta, con el consiguiente cambio de pena, de una simple multa a una pena de prisión, dependiendo de cuál sea el contenido «aleatorio» de la cartera, el cual sólo se conoce tras cometer el hurto, por ejemplo,

que dentro había 100.000 PTA; de igual forma en lo referente a las lesiones, lo importante era que una persona golpeará a otra, su intención y el medio empleado, pero no tanto el resultado final, especialmente cuando éste es completamente aleatorio y no depende en muchas ocasiones del autor. En definitiva, se trataba de investigar hechos ilícitos y, si éstos quedaban probados, y sólo si el menor precisaba la adopción de una medida, visto el informe que se emitía sobre el mismo por parte de los equipos técnicos de la Administración, es cuando se adoptaba tal medida, la que fuera más adecuada a las necesidades del menor, pero nunca por puros criterios mecánicos de aplicación de la Ley, atendiendo sólo a la gravedad del hecho.

La situación va a cambiar, el citado artículo 9 prevé, ante la comisión de una falta, que el juez de menores sólo pueda imponer, bien la medida de amonestación, bien la de servicios en beneficio de la comunidad, bien la de permanencia de fin de semana (arresto), o bien la privación del permiso de conducir y otras licencias.

La amonestación supone, de forma muy esquemática, la reprimenda hecha al menor por el juez de menores, medida que, ante un menor que cometa continuamente hechos de poca entidad (como pequeños hurtos) poco resultado puede alcanzar. Los servicios en beneficio de la comunidad requieren que el menor se muestre conforme con su imposición, sin su aquiescencia no es posible su adopción. La privación de permisos y el «arresto» de fin de semana son meras sanciones sin un contenido educativo claro (¿cómo puede «educarse» a alguien sólo durante fines de semana?).

Es evidente que, ante la comisión de una falta, no debe acudir al internamiento como medida educativa, porque ello sería hacer al menor de peor condición que al adulto. Pero, ¿por qué no puede imponerse la medida de libertad vigilada? Seguramente es la medida más educativa que prevé la Ley, definida como aquélla en la que se trata de «hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar del trabajador, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida». La libertad vigilada no supone ninguna privación de derechos, con ella la persona es ayudada en su integración social, ¿por qué no puede imponerse dicha medida por la comisión de un hurto de 49.000 PTA y sí por un hurto de 51.000 PTA...?

Por el contrario y ante hechos más graves, la nueva ley también supone un cambio pues se exige, para los mayores de dieciséis años, la imposición de la medida de internamiento en centro cerrado por tiempo de uno a cinco años por parte del juez de menores cuando se cumplan dos condiciones: la primera, que se trate de cualquier delito cometido con violencia o intimidación en las personas; y la segunda, que se trate de un menor reincidente. En estos supuestos no importa la situación personal del menor, ni tan siquiera que una anterior medida, como la libertad vigilada, esté funcionando correctamente. La ley es automática en su aplicación: deberá imponérsele obligatoriamente la medida de internamiento en centro cerrado, medida que no podrá ser revisada hasta cumplido un año.

Si viéndolo desde fuera, fuera de los profesionales que trabajan en esta jurisdicción, puede pensarse adecuada la previsión legal: si un menor ha cometido más de un delito violento lo lógico es que sea internado, desde dentro «asusta». El

nivel de reincidencia en determinados menores es altísimo pero internarlos no es siempre la medida más adecuada para el menor, se trata de ir al caso concreto: puede ser mucho más efectiva la medida de libertad vigilada (por ejemplo, proporcionarle una formación), o la de trabajos en beneficio de la comunidad (vincularle a su comunidad), o incluso un internamiento pero en régimen distinto al cerrado. Que se adopte la medida de internamiento en régimen cerrado, a la primera «recaída», sin atender a la «situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como ... su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa» (disposición transitoria duodécima del Código penal de 1995), por puros criterios de automatismo legal, quizá será más «justo», pero desde luego no será más equitativo, ni mucho menos más beneficioso para el menor.

Y si bien es cierto que actualmente hay muy pocos jóvenes en prisión con menos de dieciocho años y pudiera pensarse que esta situación se repetirá en un futuro, debe recordarse que para dichos jóvenes (que ahora se entienden adultos a efectos penales) la legislación actual obliga a reducir la pena que corresponda en uno o dos grados, y por las dilaciones en la Administración de justicia, y porque no le son computables los delitos cometidos durante su minoría de edad, casi nunca se conoce si un chico ha cometido un delito o no anteriormente, si es o no reincidente. Lo anterior produce que un menor de dieciocho años, salvo en hechos de extrema gravedad, no deberá cumplir nunca una pena de prisión, bien porque ésta se substituirá por multa, bien porque se le otorgará la suspensión de la condena. Con la nueva Ley penal del menor la situación cambiará, el internamiento en régimen cerrado para los menores que cometan un segundo hecho violento obligará al juez de menores a su imposición.

Existe además otro factor, más de «psicología judicial» que propiamente legal: cuando pasa detenido ante un juez de instrucción un chico de dieciséis o diecisiete años, o cuando se abre juicio oral ante el juez de lo penal o la audiencia provincial, el chico es visto como «menor», y tanto el juez, como el fiscal, ante la imposición de una pena tiende a una cierta «benevolencia»: es muy joven, no se le conoce aún antecedentes, hay que darle otra oportunidad, ..., pero cuando el mismo chico pase ante el fiscal y el juez de menores, si éste ya es conocido y posee varios antecedentes como menor, el criterio será distinto: el chico será de los «mayores» que pasen por esta jurisdicción, seguramente ya se habrá intentado con él varias medidas más suaves como la libertad vigilada, ... y tanto el fiscal como el juez de menores pueden pensar que no tiene arreglo, que ya no queda otra medida a imponer que no sea el internamiento en centro cerrado.

3. EL PROCESO PENAL DE MENORES

3.1 Estructura y principios

El procedimiento previsto en la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se estructura bajo el principio acusatorio. En efecto, existe

claramente diferenciada lo que es la fase de investigación encomendada al Ministerio Fiscal, y lo que es la fase de enjuiciamiento que corresponde al juez de menores, quien además, actúa como juez de garantías constitucionales en la fase de investigación, es decir, es el competente para la adopción de medidas cautelares y restrictivas de derechos fundamentales (internamientos cautelares, intervenciones telefónicas, entradas y registros...), y además será el juez encargado de la ejecución de las medidas que terminen imponiéndose, un verdadero juez de «vigilancia penitenciaria» para los menores.

Por otro lado, aunque el procedimiento de menores tiene un carácter «penal», indudable en la nueva Ley, ésta lo regula con unos principios distintos al resto de procesos penales que existen en nuestro ordenamiento: introduce el principio de oportunidad reglada para los mayores de dieciséis años; impide la participación como «acusador» de los particulares, bien sean perjudicados por el hecho ilícito o bien como representantes de intereses colectivos; permite la intervención del perjudicado sólo para reclamar sus acción civil y como «coadyuvante» del Ministerio Público en el proceso penal, pero en este último caso, con unas facultades muy limitadas; introduce de forma amplia la reparación-mediación-conciliación como vía alternativa al proceso.

Derivado de todo lo anterior, y como consecuencia de que los responsables civiles por los hechos cometidos por menores de edad son sus representantes legales, la nueva Ley, a fin de distinguir claramente la «parte» penal de la civil, prevé, ante la comisión de un delito o una falta cometidos por un menor o joven un doble procedimiento: el llamado expediente para la acción penal y la que se denomina pieza separada de responsabilidad civil para la acción civil.

Contra las resoluciones que emita el juez de menores tanto en vía penal como en vía civil, se prevé un recurso de apelación ante un órgano de nueva creación: la sala de menores de los tribunales superiores de justicia de cada comunidad autónoma; contra las decisiones en vía penal de estas nuevas salas se crea un nuevo recurso, el de casación, para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

La nueva Ley exige la especialización de todos los intervinientes en el proceso de menores, tanto para la policía a través de los grupos de menores de las brigadas de policía judicial (disposición final tercera 4), como para el Ministerio Público a través de la creación de las secciones de menores (disposición final cuarta 1 y 2), como para los magistrados de menores (disposiciones finales tercera 2 y cuarta 1), como para los abogados (disposición final cuarta 3), y finalmente, la creación de cuerpos de psicólogos, educadores y trabajadores sociales forenses (disposición final tercera 5).

Cabe recordar que la distribución territorial es la prevista en la Ley orgánica del poder judicial en su artículo 96 donde se señala que «en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y *sede en su capital*, habrá uno o más juzgados de menores». Si bien el propio artículo prevé que puedan crearse juzgados de menores para un «partido determinado o agrupaciones de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma», disposición completada por la Ley de planta y demarcación judicial en su artículo 19. Dicha «estructura» judicial debe concordar con la que se establezca para el Ministerio Público, por lo cual, si bien es imagina-

ble que podrían crearse juzgados de menores y secciones de menores con un ámbito territorial inferior o más amplio al de la provincia, de hecho, y por la especialización y grandes medios que exige la jurisdicción de menores, resulta difícilmente imaginable su descentralización comarcal, excepto para provincias de gran población como Barcelona, o bien, esta vez con mucha mayor necesidad, para cada una de las islas de la Comunidad Autónoma de Canarias e Islas Baleares.

3.2 La fase de investigación

3.2.1 La actividad policial

Una vez producido el delito o falta, «quienes tuvieren noticia de algún hecho... presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal» (art. 16.1). El conocimiento del hecho ilícito puede llegar al Ministerio Público a través de cualquier vía, bien sea a través de denuncia del perjudicado o de un tercero ante la propia Fiscalía, o bien sea a través de la previa intervención policial; al igual que ocurre en la actualidad, este último supuesto será el más frecuente.

Tan pronto cualquier cuerpo policial tenga conocimiento de un hecho ilícito cometido por un menor deberá actuar igual que respecto de los adultos, lo que significa que deberá proceder a la detención de los menores en los mismos supuestos que para aquéllos, pero con algunas peculiaridades en cuanto a su forma y duración, como veremos a continuación.

a) «Deberán notificar *inmediatamente* el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes del menor y al Ministerio Fiscal» (artículo 17.1).

La notificación no es un derecho, es una garantía, una obligación *ex lege*. La detención deberá comunicarse a los representantes legales del menor, quiera o no quiera éste. Si el menor no facilitare sus datos o no se les encontrare, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 520.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal y deberá entenderse suplida dicha comunicación por la notificación al propio Ministerio Fiscal, tal como prevé el propio artículo 17.1 de la nueva Ley. Pero este artículo añade otra característica: toda detención debe ser comunicada al Ministerio Fiscal, sea cual sea la hora y el día en que se produzca, inmediatamente.

b) «Si el menor detenido fuese *extranjero*, el hecho de la detención se *notificará* a las correspondientes *autoridades consulares* cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España» (art. 17.1).

La notificación a la oficina consular de la detención de un menor que no resida habitualmente en España es una obligación *ex lege*, no se trata de que el menor posea o no el derecho a comunicar la detención, al contrario de lo que ocurre para los adultos en el artículo 520.1 d) de la Ley de enjuiciamiento criminal, si bien el artículo 520.3 *in fine* de la misma Ley ya preveía dicha comunicación. La autoridad

policial deberá comunicar «obligatoriamente» la detención de todo menor que no resida habitualmente en España a su consulado de forma preceptiva.

c) «Toda declaración del detenido se llevará a cabo *en presencia* de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor... en defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente» (art. 17.2).

La Ley no prevé ningún tipo de excepción a la asistencia letrada de los menores detenidos, por tanto, tratándose de ley especial y con carácter de orgánica, posterior al artículo 520.5 de la Ley de enjuiciamiento criminal, el cual prevé la posible renuncia de letrado en los delitos contra la seguridad del tráfico, debe entenderse que no rige ningún tipo de excepción en cuanto a la asistencia letrada para los menores: siempre deberán estar asistidos por letrado en su declaración, sea cual sea el delito cometido.

El artículo mencionado prevé, para los supuestos de ausencia de representante legal del menor, bien sea porque se desconocen, no se encuentran o, incluso, que no quisieran comparecer en comisaría para representar a los menores, la asistencia especial de un representante del Ministerio Fiscal, asimilable a la figura de un «defensor judicial», distinto del representante del Ministerio Público que «instruirá» el expediente.

Esta distinción de «papeles» entre dos miembros del Ministerio Público, uno para defender al menor, otro para «instruir», que puede ser entendible desde fuera del ámbito del Ministerio Fiscal, es contrario a los principios que le rigen. Debe recordarse que el artículo 124.2 de la Constitución Española señala como principios del Ministerio Público el de «unidad de actuación y dependencia jerárquica», y el propio artículo 4.7 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal establece como funciones del mismo «asumir, o en su caso, promover la representación y defensa y en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos...». Si el Ministerio Público, que es uno solo, aunque esté representado por varias personas, actúa con unidad de actuación y dependencia jerárquica, y además tiene que velar siempre por los menores, no se entiende por qué tiene que actuar a través de dos personas que, recordemos, deberán actuar con el mismo criterio y por tanto no es posible que discrepen; ambos, el que represente al menor y el que «instruya», deben actuar al unísono porque la propia Constitución así se lo exige; y si hubiere dudas, el superior jerárquico debería resolver el problema; por lo tanto, salvo para aumentar el número de efectivos en la Fiscalía, no tiene sentido dicha doble actuación del Ministerio Público.

Lo que sí aclara el artículo señalado, *a sensu contrario*, es que no es posible que la policía reciba declaración a un menor detenido en comisaría si éste carece de representante legal, en todo caso deberá hacerse siempre en Fiscalía, con esa doble actuación del Ministerio Fiscal.

d) «Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y *separadas* de las que utilicen para los mayores de edad».

La Ley es tajante, no se trata sólo que las dependencias policiales de custodia de detenidos menores sean «adecuadas», lo que, se supone, debiera serlo para todo tipo de detenidos incluidos los adultos, sino que deberá haber dependencias «separadas» y especiales para menores.

e) «Y, en todo caso, dentro del plazo máximo de *veinticuatro horas*, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal» (art. 17.4).

De forma similar a lo que ocurre en otros países para todos los detenidos, sean adultos o menores de edad, el plazo de la detención policial se acorta enormemente, lo cual, siendo objetivamente beneficioso para los menores detenidos, puede impedir que se termine correctamente un atestado policial. Veinticuatro horas pueden ser suficientes en la mayor parte de los casos, pero en otros, que pueden conllevar una gran complejidad, como homicidios, delitos de tráfico de drogas, o múltiples robos con violencia o intimidación (que obligan a realizar múltiples ruedas de reconocimiento), puede hacer casi imposible la investigación policial y provocar que la gran parte de la investigación deba ser efectuada realmente por el Ministerio Público. Nada se diga respecto de aquellas comunidades insulares o provincias de gran superficie donde sólo el simple traslado del menor puede suponer un gran número de horas (por ejemplo, traslado de un menor desde Ibiza a Palma de Mallorca).

Quizá el legislador, como ocurre en otros ordenamientos, debiera haber previsto algún tipo de excepciones, bajo control del Ministerio Público o del juez de menores, para prolongar la detención policial en determinados supuestos.

f) «El menor tendrá derecho a: ... entrevistarse reservadamente con el (abogado que le defienda), incluso antes de prestar declaración» (art. 22.1. b).

Es cierto que dicho artículo debe ser completado con la expresión «desde el mismo momento de la incoación del expediente», lo cual sólo corresponde al Ministerio Público y, por tanto, pudiera interpretarse que el derecho del menor a entrevistarse con su abogado antes de prestar declaración no funcionaría en dependencias policiales, pero el mismo artículo 22 hace referencia al derecho del menor a «ser informado por el ... agente de Policía de los derechos que le asisten», y este derecho sólo tiene sentido cuando se practica la detención, antes de cualquier incoación de expediente por el Ministerio Público, por tanto debe entenderse que el derecho a entrevistarse con el letrado existe también en la declaración policial, derecho que es una novedad absoluta en nuestro ordenamiento.

g) «Mientras dure la detención, los menores ... recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran...» (art. 17.3).

El derecho a la asistencia médica y física no es ninguna novedad, todo detenido tiene derecho a dicha asistencia, sea o no menor, pero la protección y asistencia social en comisaría es un paso más, no se trata sólo que pueda asistirle un médico, se trata del derecho a ser asistido por un trabajador social y, por ello, bien a través de la existencia de asistentes sociales en comisaría, bien a través de contactos con los servicios sociales de la comunidad, deberá garantizarse que el menor reciba efectivamente dicha asistencia social y psicológica.

Ante el incumplimiento de las garantías anteriores debe recordarse que el artículo 530 del Código penal sanciona a quien «...mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales...».

Lo anteriormente expuesto son garantías legales de la detención, muchas de ellas de muy difícil cumplimiento en la actualidad y otras que requieren un cambio de mentalidad en todos los operadores jurídicos y policiales, pero ello no exime de su cumplimiento.

Y para mayor claridad el Ministerio Fiscal deberá dictar instrucciones a la policía sobre cuándo proceder a la puesta en libertad de los menores detenidos y cuándo deberán pasar éstos a su disposición. Como sea que la detención debe durar el tiempo mínimo imprescindible, que prolongar la detención de un menor, y de cualquier persona, supone objetivamente un perjuicio para ésta, la puesta en disposición del Ministerio Público de su persona, deberá hacerse sólo cuando haya causas objetivas, bien sea por la necesidad de adoptar medidas cautelares, bien cuando se haga preciso una mayor investigación que exceda de las veinticuatro horas policiales, bien ante supuestos de multirreincidencia. En todo caso, como la detención debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Público inmediatamente que se produzca, cualquier duda podrá ser solventada por éste.

3.2.2 Ministerio Fiscal: medias cautelares y primeras diligencias

«Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención... poniendo a aquél a disposición del juez de menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares» (art. 17.5).

El cómputo de las cuarenta y ocho horas se inicia desde la detención policial, por lo que el Ministerio Fiscal sólo cuenta con veinticuatro horas, más el periodo que pueda haber quedado de las veinticuatro horas de detención policial, periodo muy corto en el que debe realizar las diligencias de investigación mínimas: recibir declaración al menor, determinar su edad si no lo estuviere, practicar en su caso ruedas de reconocimiento, recibir declaración a los perjudicados, solicitar informes forenses... y, si cree necesario la adopción de una medida cautelar, deberá

solicitar la elaboración urgente de un informe sobre la situación social, personal y familiar del menor a los equipos técnicos de la Administración (artículo 28).

Toda esta serie de actuaciones, en un periodo tan breve, exige que el Ministerio Fiscal esté permanentemente disponible las veinticuatro horas del día todos los días del año, es decir, que exista una guardia de menores «real», con dependencias adecuadas y personal suficiente y convenientemente remunerado, tanto policial, como de funcionarios al servicio de la Administración de policía, médicos forenses, peritos tasadores, técnicos de la Administración para la elaboración de los preceptivos informes, y, por supuesto, integrantes del Ministerio Público. Guardia que deberá ser no sólo para los detenidos, sino para recibir las denuncias y las comunicaciones «inmediatas» de la detención de los menores.

Obviamente no sirve de nada una guardia permanente de Fiscalía si no se articula ante quién solicitar las medidas cautelares sobre el menor detenido, o sobre posibles medidas restrictivas de derechos fundamentales. En principio debería ser el juez de menores quien resolviera y por tanto debería estar éste también de guardia permanente, si no fuera así, lo que iría en contra del principio de especialización señalado más arriba, debería quedar suficientemente claro que debería cumplir dichas funciones el juzgado de instrucción de guardia de la capital donde se encuentre la sede de la sección de menores de fiscalía.

La adopción de las medidas cautelares sobre los menores, consistentes en internamiento de cualquier clase, libertad vigilada, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (art. 28), son adoptadas por el juez de menores, y cuando la medida consista en internamiento, previa comparecencia similar a la prevista en el artículo 504 bis 2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, en la que deberá intervenir el letrado del menor, el Ministerio Fiscal, y el «equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores».

Si la medida cautelar adoptada fuere de internamiento «el tiempo máximo de duración... será de tres meses, y podrá prorrogarse... por otros tres meses como máximo» (art. 28.3). Como la Ley no prevé ninguna excepción, aunque hubiere una resolución dictada por el juez de menores en tan breve plazo, si hubiere recursos contra aquélla, el plazo sigue siendo el mismo: máximo seis meses, plazo quizá excesivamente breve y de casi imposible cumplimiento cuando se recurra en apelación la resolución, y de incumplimiento seguro si la resolución es recurrida en casación (aunque fuere sólo para unificación de doctrina), pese a que se respetare estrictamente todos los plazos previstos en el procedimiento. Es cierto que la medida cautelar de internamiento debe adoptarse sólo en supuestos muy excepcionales, ante hechos muy graves y donde hay un peligro cierto de fuga o de destrucción de pruebas, pero en estos supuestos (como varios homicidios cometidos por un menor que se ha fugado en anteriores ocasiones), parece demasiado breve y no justificable el periodo de seis meses.

3.2.3 Causas de sobreseimiento y archivo durante la instrucción

Una vez que el Ministerio Público recibe la noticia del delito o falta debe decidir si incoa o no un expediente, para ello debe analizar con carácter previo el con-

tenido de la denuncia admitiéndola o no a trámite «según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito» y si considera que «los hechos no constituyen delito o no tienen autor conocido» (el equivalente del artículo 637.2 y 641.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal) deberá proceder al «archivo de las actuaciones» (art. 16.1), de igual forma que debe proceder un juez de instrucción ante los adultos. Esto no supone ninguna novedad, pero la Ley sí señala tres nuevos criterios distintos a los existentes en el proceso de adultos, consecuencia del principio de oportunidad que rige en esta jurisdicción:

- a) el desestimamiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (artículo 18);
- b) el sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (artículo 19);
- c) el sobreseimiento del expediente en interés del menor, bien por haber supuesto la instrucción un reproche suficiente, bien por el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos (artículo 27.4).

El desestimamiento tiene una serie de requisitos: sólo es posible para los hechos que constituyan falta o delitos menos graves (cuya pena «en abstracto» sea inferior a los tres años de prisión para los adultos) y que el menor «no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza». La ley no distingue entre menor y joven, por tanto es aplicable igualmente para los menores de veintiún años. La constancia de que no haya cometido hechos similares deberá serlo en sentido estricto, es decir, que no haya resoluciones firmes ya dictadas. La Ley permite en estos supuestos desistir de incoar expediente y debe ser utilizado especialmente para las llamadas «bagatelas», por ejemplo, peleas entre menores constitutivas de meras faltas, hurtos de carácter nimio, hechos que no dejan de ser meras bromas... En tales supuestos la ley permite no exacerbar las consecuencias del hecho, si la respuesta en el ámbito escolar o familiar ha sido suficiente (expedientes escolares, castigos por parte de los padres...): el derecho penal no tiene por qué intervenir. Es el propio Ministerio Público, quien, notificando la resolución al perjudicado y al menor, archivará el expediente. Para salvaguardar las responsabilidades civiles, la ley prevé que todo lo anterior es «sin perjuicio de la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil».

El sobreseimiento por conciliación requiere que se trate también de un delito menos grave o de una falta, y deberá tenerse en cuenta, pero no con carácter excluyente, «la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos», y además, a cuál haya sido el resultado de la reparación-conciliación-mediación:

- a) que «el menor se haya conciliado con la víctima», y se entiende por conciliación: «cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas»; o,
- b) que «haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima

o al perjudicado por el delito», y se entiende por reparación «el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos»; o,

c) que «se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe», y se entiende por tal «el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de... la comunidad».

Pero sea cual sea el sistema empleado, cuando la conciliación, la reparación con la víctima o con la comunidad «no pudieren llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor», el «Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado».

Varias son las consideraciones que deben hacerse. La primera de ellas es que no es obstáculo para sobreseer por conciliación-reparación el que el menor sea reincidente, habrá que estar al caso en concreto. La segunda de ellas es que no es necesario que la reparación sea completa y estrictamente monetaria, basta con que el menor practique o se comprometa a realizar una actividad reparatoria de cualquier tipo, y esta actividad puede ser directamente sobre la víctima o perjudicado, o bien sobre la comunidad. Fruto de lo anterior es la tercera consideración, la actividad reparatoria prestada en favor de la comunidad se convierte en una medida de «servicios en beneficio de la comunidad» realizada sin imposición judicial, aunque eso sí, siempre con la aquiescencia del menor y sus representantes legales y supervisada por el Ministerio Público. La cuarta consideración es que, ante la postura intransigente de un perjudicado, nada impide dar por válida la actividad reparadora del menor puesto que la ley señala que si no pudiera «llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor», el Ministerio Fiscal puede dar por bueno el esfuerzo reparador del menor. La quinta consideración es que nada excluye que los jóvenes (los menores de veintiún años) puedan realizar dichas actividades.

En el Código penal se prevé dos consecuencias de la reparación efectuada por los adultos, por un lado, como circunstancia atenuante genérica (artículo 21.5), y por otro, como criterio para la sustitución de la pena de prisión por una medida alternativa (artículo 88.1), pero en sí misma, la reparación no supone la extinción del proceso penal, ello sólo podrá ocurrir en los delitos y faltas privados y semipúblicos donde el perdón del ofendido extinga la responsabilidad criminal o la pena, pero dicho perdón puede tener su origen en la reparación u obedecer a causas distintas. Distinta, y muy distinta, es la situación en el proceso de menores, aquí la reparación, siguiendo criterios de otros ordenamientos, se configura como una verdadera alternativa al proceso penal que puede producir su extinción.

Y como no es lo mismo una actividad reparadora que la reparación *stricto sensu*, todo ello es «sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta» (art. 19.2 *in fine*).

Quien realiza las funciones de mediación entre menor y víctima o perjudicado

es el correspondiente equipo técnico, y quien propone la reparación-conciliación es tanto el propio Ministerio Fiscal (así se desprende del artículo 19), como el mismo equipo técnico quien «informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima» (art. 27.3), expresando en dicho caso «el contenido y la finalidad de la mencionada actividad».

Finalmente, el Ministerio Público decidirá si entiende suficiente la reparación-conciliación o no, y en el primer caso no puede él mismo archivar el expediente, sino que deberá trasladarlo al juez de menores para que sea éste quien sobresea y archive las actuaciones.

El artículo 27.4 de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores prevé que «podrá el equipo técnico, proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos».

Los requisitos previos son los mismos que para el sobreseimiento por conciliación-mediación: que se trate de una falta o de un delito menos grave y, además, deberá tenerse en cuenta «la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos». Una vez determinado que no se está ante hechos graves, es preceptivo el informe de la Administración que aconseje el sobreseimiento, y las causas son sólo dos, bien que la instrucción haya sido suficiente para haber «reprochado» al menor su actuación, es decir que, tras su detención, su posible puesta a disposición en favor del fiscal, su declaración y la elaboración del informe, se entienda que ya hay suficiente para que el menor se dé cuenta de la trascendencia de sus actos; bien que por el transcurso del tiempo se haga innecesaria cualquier actuación o ésta se entienda perjudicial para el menor.

Cabe recordar nuevamente que el menor es una persona en formación, que puede pasar por periodos de crisis y que si bien en estos periodos puede delinquir, una vez superados, puede ser contraproducente la imposición de una medida judicial tras un verdadero juicio, por hechos ocurridos hace mucho tiempo, y es sabido que el transcurso del tiempo no es lo mismo en un menor que un adulto.

Esta causa de sobreseimiento es igualmente aplicable a los jóvenes y es solicitada por el Ministerio Público pero acordada por el juez de menores.

3.2.4 La instrucción: derechos de los menores, de los perjudicados y diligencias de investigación. La finalización de la instrucción

Cuando el Ministerio Fiscal decida incoar un expediente contra un menor deberá seguir el sistema de «un procedimiento por cada hecho delictivo» (art. 20), con las mismas especialidades para los delitos conexos que rigen para los adultos, cuestión que en su día fue debatida. Había un sector doctrinal partidario de incoar tantos expedientes como menores hubieren participado, acumulando en cada expediente cuantos delitos y faltas pudiese cometer el mismo menor, era el

llamado expediente por menor y permitía valorar mejor su trayectoria y una mayor libertad a la hora de imponer una medida. No obstante, la experiencia demostró (según otro sector doctrinal) que para determinados menores multirreincidentes se hacía imposible el manejo material de los expedientes, debiéndose acumular posteriormente para su enjuiciamiento los distintos expedientes incoados por un mismo hecho contra distintos menores, y ello a fin de evitar que la víctima tuviera que declarar varias veces por el mismo delito (piénsese en una víctima de una agresión sexual cometida por ocho menores que tuviere que declarar ocho veces).

Una vez incoado el expediente el Ministerio Fiscal deberá notificarlo al menor y al perjudicado, así como deberá informarles de sus derechos y comunicar al juzgado de menores la incoación del expediente.

Los menores poseen los mismos derechos que los adultos en cualquier proceso penal (el derecho a la asistencia letrada desde un inicio, el derecho a ser informado de la imputación, el derecho a ser oído antes de cualquier decisión que le afecte, el derecho a la participación en la investigación preliminar y en el proceso judicial), pero además se añade en el artículo 22.1 de la nueva ley el derecho a la «asistencia afectiva y psicológica» y el derecho a la «asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al juzgado de menores».

El menor, a través de su letrado, puede solicitar del Ministerio Público las diligencias que estime oportunas durante la investigación (art. 26), y éste estará obligado a su práctica cuando de lo que se trate es que el menor solicita ser recibido en declaración, en los demás supuestos, el fiscal puede acordar o no la admisión de las diligencias propuestas mediante acuerdo razonado, contra el cual no cabe recurso, pero sí pueden ser solicitadas de nuevo dichas diligencias por el letrado del menor ante el juez de menores para que éste las practique, bien como prueba anticipada a la Audiencia (juicio oral), bien en la misma Audiencia (art. 33.e)). Si las diligencias solicitadas afectaren a derechos fundamentales el Ministerio fiscal no podrá practicarlas por sí mismo y deberá solicitarlas del juez de menores.

«En este procedimiento no cabe en ningún caso el ejercicio de acciones por particulares» (art. 25). Sólo se excluye la acción civil que deberá tramitarse en una pieza separada ante el juez de menores.

A pesar de lo anterior la nueva Ley prevé una «intervención» del perjudicado en el expediente «penal», siempre que se den los siguientes requisitos:

- que se trate de un delito (no una falta);
- que el autor tuviera en el momento de cometerse los hechos más de dieciséis años;
- que se haya utilizado violencia o intimidación, o se haya producido un grave riesgo para la vida o integridad física de las personas.

En los demás supuestos: faltas, hechos cometidos por menores de dieciséis años, hechos no violentos o donde no haya habido peligro para la integridad física de las personas, está vetada la intervención de los particulares.

El artículo 25 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores supone una novedad absoluta para los delitos cometidos en la franja de edad

entre dieciséis a veintiún años. Se trata de una limitación a la acción particular y popular, quizá no muy acorde con la interpretación que de siempre se ha otorgado al artículo 125 de la Constitución cuando señala que «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular». Pero la limitación es entendible, si lo que se pretende en la jurisdicción de menores es una actuación en interés del menor, aunque sea de carácter penal, ¿qué interés puede tener un perjudicado que no sea lo que es objeto de la acción civil? En este caso, su situación queda protegida porque la Ley crea una pieza separada de responsabilidad civil donde su actuación no está limitada.

La intervención del particular perjudicado en el expediente «penal» se limita a:

- tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden;
- proponer pruebas, pero sólo sobre el hecho delictivo, no sobre la situación del menor;
- participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia;
- valorar el conjunto de la prueba practicada y proponer aquellas que debieran realizarse en la fase de audiencia, mediante la realización de un escrito que acompañaría al escrito de alegaciones del fiscal (equivalente al escrito de acusación);
- ser escuchado durante la Audiencia (el juicio oral) sobre la práctica de nuevas pruebas y, ya en trámite de informe, sobre los hechos probados resultantes de las mismas (las pruebas) y a la participación del menor, sin que en ningún caso pueda realizar manifestación alguna sobre la procedencia de las medidas propuestas;
- recurrir las decisiones del juez de menores por las causas tasadas por Ley, que son casi todas, excepto cuando el particular esté disconforme con la medida finalmente impuesta.

Vemos cómo la posición del particular es la de un mero «coadyuvante» al Ministerio Fiscal, con derecho de proposición de prueba y de información sobre el proceso, lo cual, puede serle muy útil en la pieza separada de responsabilidad civil.

El Ministerio Fiscal, quien «dirigirá *personalmente* la investigación de los hechos» «ordenará que la policía judicial practique las funciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento» (art. 6). El Ministerio Fiscal «personalmente» dirige la investigación y puede, por tanto, practicar cuantas diligencias estime necesarias por sí mismo, no sólo la declaración del menor sino también la de las víctimas, ruedas de reconocimiento... o bien puede ordenar a la policía judicial que sea ella quien las practique.

En todo caso, siendo únicamente prueba, como tal, aquélla que se practica ante el juez, con cumplimiento de los principios de igualdad, contradicción y defensa (como mínimo), la intervención investigadora del Ministerio Público tiene

que limitarse a lo imprescindible: acarrear elementos de prueba para un futuro juicio oral, pero no suplirlo; determinar si hay indicios suficientes para formular acusación, pero, parafraseando los mismos términos del artículo 789.3 de la Ley de enjuiciamiento criminal «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada» en la Fiscalía, el fiscal «ordenará a la policía judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho» y «las personas que en él hayan participado».

Pero sí hay una diligencia imprescindible en todo caso y sin excepciones: una vez que se incoa expediente, «el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico... la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos... sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley» (art. 27.1). El referido informe puede contener, a su vez, una propuesta concreta de «intervención socioeducativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención».

El informe no sólo aclara la situación del menor, lo que resulta imprescindible para determinar en un futuro cuál de las medidas propuestas en la Ley puede ser más aconsejable para su imposición, sino que propone una actuación socioeducativa concreta, puede aconsejar la realización de un programa de mediación-conciliación, o puede aconsejar el sobreseimiento en interés del menor.

Una vez que el Ministerio Fiscal finaliza su investigación lo notifica al letrado del menor y debe remitir el expediente al juzgado de menores con un escrito (art. 30) donde:

a) o bien solicita el sobreseimiento provisional o libre por cualesquiera de las causas previstas en los artículos 637 y 641 de la Ley de enjuiciamiento criminal, por el interés del menor, o por conciliación-reparación;

b) o bien interesa la celebración de audiencia (juicio oral), mediante un escrito en el que «constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, y la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen», junto a las pruebas propuestas.

En caso de presentar escrito de alegaciones, asimilable al escrito de acusación y con una estructura similar, debe destacarse la exigencia legal de que el escrito sea detallado, donde conste la situación del menor y el porqué se solicita una medida en concreto, por lo que no bastará con solicitar una medida sino que se deberá razonar el porqué, tanto del tipo de medida interesada como de su duración.

3.3 La fase de juicio oral y breve mención a la ejecución

Cuando el expediente llega al juzgado de menores éste «procederá a abrir el trámite de audiencia» (art. 31), sin que la Ley prevea ningún tipo de excepciones, y dará traslado al letrado del menor para que presente su escrito de defensa, también llamado de alegaciones, el cual deberá comprender «los mismos extremos que el escrito del Ministerio Fiscal».

Si el Ministerio Público solicitó cualquier medida que no fuera el internamiento y el menor y su letrado se muestran conforme a ella, el juez de menores, previa «comparecencia», dictará sentencia de conformidad (art. 32).

Si no hubiere conformidad, el juez de menores tiene las siguientes opciones (art. 33):

- acordar la celebración de audiencia y, en su caso, la práctica de pruebas anticipadas;
- acordar el archivo por sobreseimiento cuando el Ministerio Fiscal así lo haya solicitado;
- acordar el archivo por sobreseimiento mediante auto *motivado* (debe entenderse, cuando no lo haya solicitado el Ministerio Público);
- inhibirse cuando no sea competente.

La Ley, siguiendo los principios del sistema acusatorio puro, no permite que el juez de menores pueda acordar algo distinto al sobreseimiento cuando es solicitado por el fiscal; ello es lógico por cuanto no es instructor, es juzgador. Si el juez de menores discrepara del sobreseimiento solicitado por el fiscal sólo tendría la posibilidad prevista en el artículo 644 de la Ley de enjuiciamiento criminal, informar al superior jerárquico del fiscal en cuestión por si aquél sostuviere un criterio distinto. Como no hay una posible intervención de perjudicados que posean la «acción penal», sólo son coadyuvantes del Ministerio Público, no es posible celebrar una audiencia sin que el Ministerio Fiscal lo solicite.

La audiencia o juicio oral se celebra de forma muy similar a la prevista en el procedimiento abreviado para los adultos. Tras un trámite de cuestiones previas y posible conformidad del menor, donde ésta sí es posible aunque se proponga la medida de internamiento (art. 36 y 37.1), se lleva a cabo la práctica de la prueba (art. 37.2), se realizan los informes de las partes (Ministerio Fiscal, posible perjudicado y letrado del menor) y finalmente el propio menor tiene la última palabra (art. 37.2).

En la audiencia es preceptiva la intervención del representante del equipo técnico que emitió el informe (art. 35.1); pueden estar presentes los representantes legales del menor, si bien el juez de menores puede acordar que se ausenten de la sala; puede restringirse el principio de publicidad tanto en interés de la persona imputada como de la víctima (art. 35.2); puede incluso, cuando «el interés del menor» así lo aconseje, ordenar que «éste abandone la sala» (art. 37.4). Se prohíbe de forma expresa y sin ninguna excepción que «los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación» (art. 35.2).

Las restricciones a la publicidad y a la presencia del menor o de sus representantes legales están motivadas por la exigencia de salvaguardar la intimidad del menor, interés siempre preferente. Describiéndose en la audiencia la situación social, personal y familiar del menor, parece adecuado que, para preservar su intimidad, pueda acordarse que sus representantes legales no estén presentes si va a informarse de la toxicomanía, prostitución u otras circunstancias similares de éstos.

Celebrada la audiencia, el juez de menores deberá dictar sentencia «procurando expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor» (art. 39.2), deberá valorar las razones expuestas por las partes, las pruebas practicadas y resolver «sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas, y será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial» (art. 39.1). En todo caso, y en virtud del principio acusatorio puro que rige en este procedimiento, «el juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal» (art. 8), criterio que como es sabido, respecto de la duración, no rige en el proceso penal para adultos.

Contra la resolución dictada por el juez de menores cabe recurso de apelación ante la sala de menores que se cree en cada tribunal superior de justicia (art. 41); contra la resolución que ésta dicte puede presentarse recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala Penal del Tribunal Supremo (art. 42).

La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores prevé múltiples incidencias tanto en la propia sentencia como en ejecución, así, la suspensión de la medida en la ejecución del fallo (art. 40), el cumplimiento sucesivo o simultáneo de varias medidas (art. 47), la substitución de las medidas en fase de ejecución (art. 51), las consecuencias del quebrantamiento (art. 50)... todo ello previa vista o comparecencia ante el juez de menores con las partes implicadas, e igualmente regula los recursos correspondientes.

La ejecución de las medidas impuestas por los jueces de menores se atribuye a las comunidades autónomas (art. 45), bajo el control de aquéllos y la intervención del Ministerio Público y el letrado del menor, con una regulación especial de la ejecución de las medidas de internamiento (artículos 54 a 60) tanto en cuanto a los derechos y deberes de los menores y jóvenes internos, como en el régimen disciplinario.

3.4 La pieza separada de responsabilidad civil

Tal como ya se ha mencionado, la Ley prevé un procedimiento especial ante el juez de menores para el ejercicio de la acción civil derivada del ilícito penal. Como demandante está el perjudicado, quien puede:

- renunciar a la acción civil,
- reservarse la acción civil para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil,
- ejercerla por sí mismo ante el juez de menores.

En estos supuestos el Ministerio Fiscal tiene vedada su intervención en la pieza civil (art. 61.1), pero, si el particular no se manifiesta de forma expresa en alguno de los sentidos indicados, el Ministerio Público se convertirá en la única parte actora y deberá ejercitar la acción civil en nombre de los perjudicados.

Como demandado se encuentra el propio menor, pero si éste tuviere menos de dieciocho años «responderán solidariamente con él... sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho» (art. 61.3), y además pueden ser responsables civiles directos «los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores» (art. 63).

El objeto de la demanda, la extensión de la responsabilidad civil es la misma que la acción civil por los delitos cometidos por los adultos, la ley se remite expresamente a lo dispuesto en el Código penal (art. 62), pero puede ser moderada por el juez de menores para los representantes legales del menor cuando aquéllos «no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave».

En el artículo 64 de la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores se establece un procedimiento contradictorio, en el que, tras la presentación de la demanda y su notificación a los demandados, éstos presentan sus escritos de oposición, tras lo cual el juez de menores señala una «vista oral» similar al juicio verbal, donde, tras fijar el objeto del proceso civil, «se admitirán las pruebas pertinentes y se practicarán las pruebas propuestas», sin que la Ley ponga límites a las mismas, pero no podrá dictar sentencia civil hasta que no se dicte sentencia en el expediente penal, o éste termine de otra forma. La sentencia civil puede ser recurrida ante la sala de menores del tribunal superior de justicia, pero «la sentencia dictada en este procedimiento no producirá fuerza de cosa juzgada», pudiendo las partes acudir nuevamente ante el juez de primera instancia que corresponda para interponer el juicio ordinario, pero «se considerarán hechos probados los que el juez de menores haya estimado acreditados, así como la participación del menor».

Múltiples son las consideraciones que pueden hacerse sobre este novedoso proceso civil, pero puede señalarse:

a) Si realmente era preciso crear un proceso civil sin valor de cosa juzgada, puesto que, o bien tiene utilidad y debería atribuírsele la misma naturaleza que a cualquier otra resolución de un juez dictada en el proceso penal de adultos, o bien se entiende que no era necesario el ejercicio de la acción civil en el proceso de menores y el perjudicado vería salvaguardado su derecho acudiendo en todo caso ante el juez de primera instancia.

b) El que el juez de menores practique prueba antes de celebrarse la audiencia, que tenga un conocimiento amplio y previo del hecho, puede contaminarle e impedir que pueda dictar una sentencia penal respetando el principio de «imparcialidad».

c) Con la ley en la mano es posible que un juez de primera instancia, en un proceso donde no quepa recurso, dicte una sentencia posterior distinta a otra que fuera recurrida y confirmada por la sala de menores del tribunal superior de justicia.

d) Si realmente era necesario crear un proceso especial para reclamaciones

de cantidad en las que el perjudicado no se manifiesta en ningún sentido, que pueden ser ridículas (daños escasos de menos de 1.000 PTA) y en las que el fiscal tiene que interponer demanda ante el silencio del perjudicado.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores crea un procedimiento completamente nuevo, con principios distintos al proceso penal de adultos, que requerirá una gran inversión por parte de todos los poderes públicos que permita su real aplicación. Asimismo, exige lo que puede ser más importante: un cambio de mentalidad de todos los intervinientes en el proceso (policías, abogados, fiscales y jueces), donde lo primordial debe ser el interés del menor y no la retribución por el hecho. Igualmente, instaura en nuestro procedimiento lo que era una exigencia de la Convención de los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (también llamadas Reglas de Beijing de 1985), y de las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa 87/20 y 88/20.

Por otro lado, el funcionamiento futuro de esta Ley puede permitir la entrada de nuevos aires y principios en el proceso penal para los adultos en España. Al mismo tiempo instaura una política rehabilitadora y preventiva para los llamados menores delincuentes, que les integre en la sociedad y evite que, como adultos, reincidan en el delito, y que se cumpla por fin «la reeducación y reinserción social» exigidas por el artículo 25.2 de nuestra Constitución.