

ASPECTOS PROCESALES DE LA NUEVA LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR (I)

MANUEL MIRANDA ESTRAMPES

Fiscal de la Audiencia Provincial de Tarragona

Profesor Asociado de Derecho Procesal Universitat Rovira i Virgili

A Salvadora

SUMARIO. I. Notas introductorias: el nuevo modelo de responsabilidad penal. II. Ámbito subjetivo de aplicación. III. Competencia. III.1 Objetiva. III.2. Territorial. IV. Sujetos intervinientes. IV.1 El Ministerio Fiscal: director de la investigación. IV.2. El Juez de Menores: análisis desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva. IV.3. El Equipo Técnico. IV.4. El menor. Especial atención al régimen de detención. V. Las fases del proceso de menores. V.1. Fase de instrucción. 1.1. Actuaciones preliminares: a) La inadmisión de denuncias. b) El desistimiento de la incoación del expediente. 1.2 La incoación del expediente: efectos. 1.3. Objeto y contenido de la instrucción. 1.4. Carácter contradictorio de la instrucción. El secreto del expediente. 1.5. Conclusión de la instrucción. V.2. Fase intermedia. V.3. Fase de audiencia. V.4. Sentencia. VI. El régimen de recursos. VI.1. Contra resoluciones interlocutorias. VI.2. Contra la sentencia definitiva. VII. Mecanismos de solución extrajudicial del conflicto: la conciliación y reparación. VII.1. Como medida alternativa al procedimiento. VII.2. Como causa de cese de la medida. VIII. La intervención del perjudicado en el procedimiento. IX. La adopción de medidas cautelares. X. La conformidad: supuestos. XI. Breve referencia a la pieza de responsabilidad civil.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS: EL NUEVO MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL

En este marco introductorio debemos analizar, aunque sea brevemente, aquellos rasgos característicos del nuevo modelo de Justicia Juvenil diseñado por nuestro legislador. La

nueva Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, ha optado, de entre los diferentes modelos existentes¹, por instaurar un modelo de responsabilidad penal del menor, como se advierte ya en el propio título de la ley. La opción por un modelo de responsabilidad penal no es, sin embargo, una cuestión pacífica y no está exenta de críticas procedentes de determinados sectores doctrinales². El nuevo modelo se desmarca radicalmente de los postulados ideológicos del movimiento positivista y correccionalista que habían inspirado la regulación de los desaparecidos Tribunales Tutelares de Menores -órganos más administrativos que judiciales-³, y que consideraban al menor irresponsable de sus actos, posibilitando la actuación reformadora no sólo en los casos de comisión de un hecho tipificado como delito o falta, sino también en las denominadas “situaciones irregulares”: menores vagos, vagabundos, licenciosos y prostituidos. El principio de responsabilidad, como contrario al denostado concepto de peligrosidad social, aparece consagrado con carácter general en el art. 5.1 LORPM al declarar que “Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurran en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal”. El criterio del discernimiento del menor, utilizado en algunos períodos históricos, es sustituido por un principio general de responsabilidad en los mayores de 14 años y menores de 18 años, salvo la concurrencia de causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal, que deberán estar suficientemente acreditadas y que, en su caso, podrán motivar la adopción de medidas terapéuticas (cfr. art. 5.2 LORPM). La nueva regulación acaba con la indefinición del modelo previsto en la derogada Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, *Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores*, norma que trató de hacer frente a la situación de vacío normativo que se había producido con la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la LTTM por la STC 36/1991, de 14 de febrero, pero que no derogó en su totalidad la legislación anterior, creando una situación que ocasionó múltiples disfunciones, al estar vigentes dos normativas producidas en dos contextos históricos, culturales y sociales radicalmente distintos⁴. No olvidemos que la legislación de nuestros TTM

¹ Vid. DÜNKEL, F., y MEYER, M., *Derecho Comparado de Menores*, Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1994.

² Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., y SEGOVIA BERNABÉ, J.L., “La ley de responsabilidad penal de los menores: cambio de paradigma: del niño en peligro al niño peligroso”, en *Curso sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, organizado por el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, noviembre 2000, ejemplar mecanografiado, págs. 3 y ss., quienes se muestran contrarios al modelo de responsabilidad penal diseñado por nuestro legislador como respuesta a los menores infractores.

³ Vid. Texto Refundido de la legislación de Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948.

⁴ Situación que ya se puso de manifiesto desde sectores doctrinales: ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a., “La nueva regulación del procedimiento penal de menores. ¿Un avance?”,

se aprobó en plena postguerra y era heredera de una legislación promulgada a principios del siglo XX, inspirada en un modelo paternalista o tutelar⁵. La principal crítica a la Ley Orgánica 4/1992, provenía, por un lado, del mantenimiento en su articulado de cierta influencia del positivismo y correccionalismo y, en segundo lugar, en su insuficiencia, al tratarse de una reforma parcial, caracterizada por la falta de diseño de un modelo de justicia juvenil global e integral. De ahí que en algunos casos se hablara de “modelo mixto”⁶ o “intermedio”⁷; aunque nosotros a la vista de la actual normativa preferimos hablar de “modelo de transición”. Modelo que no estuvo exento de cuestionamiento desde la óptica constitucional, como después analizaremos, lo que unido a su carácter provisional motivó que algún autor estimara que nuestra legislación de menores se encontraba en permanente crisis⁸.

Esta situación de interinidad, creada con la aparición de la Ley Orgánica 4/1992, devino insostenible tras la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, cuyo art. 19 proclamó que “Los menores de dieciocho años no serán res-

Revista del Poder Judicial, núm. 27, pág. 156. Más recientemente LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo de la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, *La Ley*, núm. 5084, 27 de junio de 2000, pág. 1, nos dice que la normativa de 1992 generó notables discordancias y disfunciones, debidas sobre todo a que la filosofía que subyacía en la ley reformadora resultaba muchas veces antagónica de la que había inspirado a la añeja normativa de 1948.

⁵ Acerca de los principios inspiradores del modelo diseñado por el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948, vid. más ampliamente, entre otros.: LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.M., *La defensa del menor*, Edit. Tecnos, 1987, págs. 23 y ss. ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a, “La nueva regulación..”, ob. cit., págs. 149 y ss. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E.; “La nueva Ley de Justicia Juvenil en España: un reto para el 2000”, en “Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado”, *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 102 y ss. DIEGO ESPUNY, F., “La intervención con menores infractores”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, (Coordinadora M^a? Teresa Martín López), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, págs. 58-60. GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal*, núm. 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, págs. 674 y ss.

⁶ PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores de edad penal”, en *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993, pág. 254.

⁷ RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Estudio crítico del proceso contra menores delincuentes: Aspectos necesitados de reforma”, *La Ley*, Tomo 6-1997, D-337, pág. 1600. El Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 28 de octubre de 1997, lo califica de “modelo híbrido”: vid. *Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial*, Cuarto Trimestre 1997, C.G.P.J., Madrid, 1998, pág. 240.

⁸ DOLZ LAGO, M.J., “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, *La Ley*, núm. 4540, 14 de mayo de 1998, pág. 1.

ponsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regula la responsabilidad penal del menor”. Precepto cuya aplicación quedó en suspenso en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única y Disposición final séptima hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Orgánica 5/2000⁹.

La opción legislativa por un modelo de responsabilidad penal exigía la incorporación de todas aquellas garantías constitucionales y procesales que presiden el denominado proceso penal de adultos (p.ej. presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho a ser informado de la acusación, derecho a un juez imparcial...) ¹⁰. El procedimiento de reforma de menores debe articularse como un verdadero proceso y, además, como una variante del proceso penal, sin perjuicio de las necesarias modulaciones y matizaciones impuestas por el interés superior del menor, como principio inspirador de toda su regulación ¹¹. Dicho principio abona la introducción de mecanismos extrajudiciales de solución del conflicto e impone un criterio de flexibilidad en la elección de medidas. Además la incorporación de tales garantías constitucionales y procesales es una consecuencia necesaria del reconocimiento del menor como sujeto de derechos, como vienen proclamando los textos internacionales ¹². La nueva ley garantiza al menor todos los derechos reconocidos en la

⁹ Aunque algunos autores defendieron su aplicación inmediata: GIBERT JORDÁ, T., “Incidencias del nuevo Código Penal en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996, págs. 119 y ss.

¹⁰ MARTÍN LÓPEZ, M^a.T., “Consideraciones sobre la delincuencia de menores”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, pág. 129, nos dice que “un modelo tutelar prima la pasividad del sujeto, su <cosificación> permitiendo construir una respuesta <penal> en cuanto utiliza los mismos instrumentos represivos que con adultos pero con menores garantías penales (indeterminación de la pena, por ejemplo) y procesales (falta de representación de sus intereses) y legitimando una intervención agresiva en la conciencia misma del menor, razón por la que algunos autores se refieren a una <respuesta penal reforzada>. El sistema de responsabilidad implica el reconocimiento del menor como sujeto autónomo con personalidad, derechos, defensa... que queda exento de responsabilidad en los mismos supuestos que el mayor de edad”.

¹¹ El art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (B.O.E., n^o 313, de 31 de diciembre de 1990), proclama que “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. En nuestra doctrina, PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de los menores de edad penal”, ob. cit., pág. 250, aludía a “la especial valoración del interés del menor” como principal elemento diferenciador que singulariza al proceso de menores respecto de otros procesos.

¹² Art. 40 de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre Derechos del Niño. Vid., también, el art. 7 de las Reglas Mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de

Constitución y en los textos internacionales desde el mismo momento de su detención y de la incoación del expediente, debiendo ser informado de los mismos por la policía, el Ministerio Fiscal y el Juez de Menores¹³.

Todo ello sin olvidar que las medidas que se impongan al menor infractor deben tener un contenido marcadamente educativo, cuyo criterio de elección no debe ser únicamente la naturaleza y gravedad del hecho, sino especialmente las circunstancias personales, familiares y sociales del menor (art.7.3 LORPM), introduciendo un criterio de flexibilidad en dicha elección, que respete el principio de proporcionalidad (arts. 8, párrafo 2º, y 9 LORPM)¹⁴. La Exposición de Motivos de la ley atribuye al nuevo procedimiento y a las medidas aplicables a los menores infractores una doble naturaleza. Por un lado, lo califica de procedimiento formalmente penal, pero desde una perspectiva material presenta, nos dice, una naturaleza sancionadora-educativa. Se proclama además la supletoriedad de la LECrim en el ámbito procedimental, en particular lo dispuesto para los trámites del Procedimiento Abreviado regulados en el Título III del Libro IV¹⁵.

En el presente trabajo no pretendemos analizar con exhaustividad la totalidad de la nueva ley, sino limitar dicho análisis al examen de aquellos aspectos procesales del nuevo texto legislativo más relevantes, tratándose de una simple aproximación a los problemas que puedan plantearse, pues un examen más completo excedería de los límites que impone el formato del presente artículo. En comparación con la normativa anterior, la nueva ley ha regulado con mayor detalle los aspectos procedimentales, simplificando algunos trámites,

la Justicia de Menores (*Reglas Beijing*), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985. En esta línea, nuestra Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, declara en su art. 3 que “Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico...”. En parecidos términos se pronuncia, en Galicia, la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia (art. 7.1). Véase, por último, el art. 1.3 de la nueva LORPM.

¹³ Vid. arts 17 y 22 LORPM.

¹⁴ Una visión crítica de determinados aspectos de la regulación legal, que van en detrimento del principio de proporcionalidad puede verse en GÓMEZ RIVERO, Mª C., “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 10, del 5 al 11 de marzo de 2001, págs. 163 y ss.

¹⁵ La Disposición final primera de la LORPM dispone que “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma”.

como por ejemplo, la supresión de la comparecencia, que ya desde un principio se estimó que era un trámite dilatador, que no aportaba nada y daba lugar a una duplicidad de actuaciones¹⁶.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

Por razón de la materia, la nueva ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delito o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales (art. 1.1 LORPM). El ámbito subjetivo de aplicación se inicia con los catorce años y se extiende hasta los dieciocho¹⁷, optándose por un criterio biológico sin incorporar el modelo basado en el discernimiento del menor como criterio habilitante de la intervención jurisdiccional¹⁸.

La fijación de un límite de edad, siguiendo las pautas del modelo biológico puro, introduce un criterio de seguridad jurídica¹⁹, que califica de razonable la opción de nuestro

¹⁶ PANTOJA GARCÍA, F., MUÑOZ MARÍN, Á.; PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C.; y DEL MORAL GARCÍA, A.; “La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, en *Actualidad Penal*, núm. 10, marzo 1993, pág.149.

¹⁷ Desde una óptica jurídica la fijación de este límite máximo no es más que una consecuencia de la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 1 nos dice que se “..entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”. Vid., también, art. 12 de la Constitución Española que fija la mayoría de edad a los dieciocho años, y art. 1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Contaba además con el apoyo de amplios sectores doctrinales: BERISTAÍN, A., “El Código Penal de 1995 desde la Victimología (y II)”, *La Ley*, 1997-3, D-152, pág. 1819, que al referirse al art. 19 del Código Penal decía que el nuevo límite de la edad (18 años) se apoya en múltiples y sólidos motivos: “uno de los cuales pertenece a la doctrina victimológica que aprecia en los infractores que todavía no han cumplido dieciocho años una inmadurez y un insuficiente desarrollo personal que impide incluirlos dentro del campo de la responsabilidad propia del Código Penal. No han alcanzado la <altura> cuantitativa y cualitativa para entrar en lo retributivo-punitivo. Aplicarles las penas propias de los adultos sería aplicarles unas sanciones excesivamente severas. Sería olvidar su <debilidad> o <incapacidad> para resistir a los factores criminógenos. Desde el polo opuesto, sería olvidar su *status* de crecimiento y transformación, su fuerza para resocializarse mucho mayor que la de los adultos”.

¹⁸ Este modelo estuvo vigente bajo el Código Penal de 1848 cuyo art. 8.2 reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de nueve años; y dicha exención era también predicable del mayor de nueve años y menor de quince, si bien condicionada a la ausencia de discernimiento; de ahí que el tribunal debía hacer una declaración expresa sobre este punto para imponerle una pena, o declararlo irresponsable. Dicho criterio fue incorporado a los textos de los Códigos Penales de 1850 y 1870: vid. Instrucción de la F.G.E. núm. 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*.

¹⁹ POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva ley penal del menor*, Edit. Colex, Madrid, 2000, pág. 17.

legislador, ajustándose a las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño²⁰, en línea con los modelos de algunos países de nuestro entorno. Así, Italia²¹, Austria²², y Alemania²³ fijan el límite mínimo en los 14 años, y Francia en los 13 años²⁴. No obstante, como reconoce el propio T.E.D.H. en la sentencia de 16 de diciembre de 1999, caso *V. vs Reino Unido*, no existe todavía en Europa asentimiento general con respecto a la edad mínima de la responsabilidad penal, no existiendo “ninguna norma común precisa en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la edad mínima de la responsabilidad penal” (apartados 73 y 74)²⁵. Vemos como la fijación del límite de los catorce años no está exenta de cierta polémica, como sucede en otros países²⁶, y fue precedida en nuestro ordenamiento jurídico de un importante debate parlamentario durante la tramitación en las Cortes Generales de la Ley Orgánica 5/2000. La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, fijaba dicho límite en los doce años (art.

²⁰ El art. 40.3.a) reclama el “establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

²¹ Art. 97 del Código Penal italiano. GATTI, U., “Sistema italiano de justicia para menores de edad”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, en Estudios de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1999, págs. 273 y ss.

²² Parágrafo 1 de la Ley de Justicia Juvenil de 1988 (JGG). Vid. JESIONEK, U., “Jurisdicción de Menores en Austria”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, en Estudios de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1999, pág. 54.

²³ El parágrafo 19 del Código Penal alemán (StGB) declara que “Estará exento de responsabilidad quien en el momento de comisión del hecho no tenga catorce años de edad”. Vid. RÖSSNER, D., “El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, Estudios de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1999, págs. 307 y ss.

²⁴ DESCHAMPS, J.P., “El Derecho francés de los menores: el menor y el juez de menores”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: análisis de derecho comparado*, ob. cit., págs. 75 y ss.

²⁵ En dicha sentencia se sometió al examen del T.E.D.H. un crimen que tuvo una importante difusión en los medios de comunicación social, consistente en el secuestro y asesinato de un niño de dos años a manos de otros dos niños de diez años de edad. En su apartado 74, la sentencia declaraba que “Incluso si Inglaterra y el País de Gales figuran entre los ordenamientos jurídicos europeos en los que la edad de la responsabilidad penal sigue siendo baja, no se podría considerar que el umbral adoptado, diez años, sea tan bajo como para resultar desproporcionado con respecto al adoptado por otros Estados europeos. El Tribunal concluye que la imputación de la responsabilidad penal del demandante no supone en sí misma una violación del artículo 3 del Convenio”, invocado en la demanda.

²⁶ RÖSSNER, D., ob. cit., pág. 311, da cuenta de como el aumento de la delincuencia infantil en los últimos tiempos y la repercusión que han tenido en la prensa los casos concretos de niños menores de 14 años autores de delitos en serie, ha reabierto el debate acerca de la posibilidad de reducir a 12 años la edad de responsabilidad penal.

9.1). Por su parte, en el Proyecto inicialmente presentado por el Gobierno el límite de edad se fijaba en los trece años²⁷, elevándose en su redacción final a los catorce años²⁸. A pesar de ello, la discusión sobre el límite de edad sigue abierta²⁹, tanto a nivel doctrinal como social, pues posiblemente no existe una única solución. Es posible que tampoco desde la psicología evolutiva puedan aportarse criterios decisivos al respecto, salvo que el límite de edad debe ser el que separe los períodos de la niñez y la adolescencia o juventud³⁰. Como pone de manifiesto GIMENEZ-SALINAS la discusión de si debe comenzar a los 12, 13 o 14 años, se debe básicamente a la decisión de hasta que edad una sociedad está dispuesta a prescindir de una intervención penal³¹. Y en nuestra sociedad el legislador ha optado por fijar la edad en los 14 años.

Según el nuevo modelo los menores de 14 años quedan excluidos de la aplicación de la presente ley, y son sometidos al ámbito de protección en los términos previstos en el art. 3 LORPM. En estos casos el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere de interés al objeto de adoptar las medidas protectoras que se estimen adecuadas³². La remisión presenta un carácter obligatorio a diferencia del carácter facultativo de la regulación anterior que atribuía al Fiscal la facultad de decidir dicha remisión únicamente si lo estimaba necesario³³. La jus-

²⁷ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 144-1, 3 de noviembre de 1998, art. 1.1 del Proyecto

²⁸ Fruto de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV); vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-10, 16 de marzo de 1999. El Anteproyecto de Ley Orgánica de Justicia Juvenil y del Menor de 7 de abril de 1997 ya elevaba la frontera de la irresponsabilidad a los 14 años, mereciendo el juicio favorable de un sector de la doctrina: RAPOSO FERNÁNDEZ, J. M., “Estudio crítico..”, ob. cit., pág. 1602.

²⁹ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 2. Las soluciones propuestas por la doctrina oscilan, generalmente, entre los 12 y los 16 años: vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.; “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, *Actualidad Penal*, núm. 33, 11 al 17 de septiembre de 2000, pág. 706, nota nº 27.

³⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., ob. cit., pág. 706.

³¹ GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E., “La nueva ley de justicia juvenil..”, ob. cit., pág. 131

³² JAVIER URRÁ, en el Prólogo a la obra de VIDAL MARTÍNEZ, F., *La nueva Responsabilidad Penal del Menor*, Edit Difusión, Barcelona, 2000, pág. 16, se pregunta si “están las CC.AA. preparadas para actuar de forma eficaz en estos supuestos”. Porque nada peor para quien realiza un hecho socialmente inaceptable que se quede sin respuesta.

³³ El art. 9.1º, párrafo segundo, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declaraba que “Cuando el autor de los citados hechos sea menor de doce años será puesto, *en su caso*, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores” (la cursiva es del autor). PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores..”, ob. cit., pág. 254, afirmaba que para adoptar la decisión de poner al menor a disposición de las autoridades administrativas

tificación de esta exclusión no se fundamenta, según nuestro legislador, en la invocación del concepto clásico de inimputabilidad, sino que establece la Exposición de Motivos de la Ley en “la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllos pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado”³⁴.

Por su parte, el tramo comprendido entre los dieciocho años y los veintiún años, que el legislador denomina *jóvenes* (art. 1.4 LORPM), para distinguirlo de los *menores* (art. 1.4 LORPM), puede quedar sometido al ámbito de aplicación de la nueva ley cuando su cumplimiento los presupuestos materiales y procesales previstos en el art. 4 LORPM, en desarrollo de lo previsto en el art. 69 del Código Penal³⁵, habiendo descartado nuestro legislador otras soluciones posibles³⁶. La posibilidad de sometimiento de los mayores de dieciocho años a la jurisdicción de menores generó numerosas opiniones contrarias, incluso por parte de los propios Fiscales³⁷ y Jueces de Menores³⁸. Desde sectores doctrinales se ha planteado su

de protección era determinante el informe técnico asistencial que determinase la situación o posible situación de desamparo del menor.

³⁴ Para GARCÍA PÉREZ, O., ob. cit., pág. 683, a pesar de esta declaración la exención de responsabilidad por debajo de la edad de 14 años se debe considerar como una presunción absoluta de inimputabilidad a la vista de las características de estos sujetos.

³⁵ Una previsión similar se contempla en Alemania, en donde se prevé, con carácter excepcional, la aplicación del Derecho penal de menores a los jóvenes comprendidos entre 18 y 21 años, reconociendo lo que se ha denominado una fase de transición del adolescente, cuando se constate un retardo de madurez o en los casos de típicas faltas juveniles. La diferencia esencial es que corresponde siempre al Juez de Menores enjuiciar a los adolescentes comprendidos entre los 18 a 21 años, quien deberá decidir en cada caso individual si aplican las consecuencias jurídicas del denominado Derecho penal general o del Derecho penal de menores: vid. RÖSSNER, D., ob. cit., págs. 312-313.

³⁶ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 4, apunta como tales las siguientes: a) la creación de una circunstancia atenuante para beneficio de los jóvenes infractores mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, b) la posibilidad de aplicación por el Juez de lo penal, en el seno del procedimiento penal ordinario, a los jóvenes aludidos de las medidas previstas en la legislación de menores, sin atribución de competencia a los Juzgados de Menores; y c) desde una óptica distinta, la extensión de la jurisdicción de menores a todos los mayores de dieciocho y menores de veintiuno, sin las limitaciones que impone el art. 4.

³⁷ En las conclusiones aprobadas en el *Curso sobre el Anteproyecto de Ley de Justicia Juvenil*, organizado por la F.G.E., celebrado en Madrid, los días 1 al 3 de diciembre de 1997, se proponía la atribución de la competencia para la imposición de las medidas previstas en la ley a los mayores de 18 años al Juez ordinario (Juez de lo Penal o Audiencia Provincial).

³⁸ En las Jornadas especializadas para Jueces de Menores convocadas por el Consejo General del Poder Judicial para analizar el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia

posible inconstitucionalidad, invocando la violación del principio de igualdad y del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley³⁹. El legislador, sensible quizás a dichas críticas, aunque sin ofrecer ninguna explicación, ha suspendido la aplicación del art. 4 LORPM durante un plazo de dos años en el marco de una ley sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia⁴⁰. Tanto la doctrina como la F.G.E. habían puesto de manifiesto las numerosas dificultades interpretativas que planteaba este nuevo precepto (momento procesal adecuado, régimen de recursos, conflictos de competencia...), en cuyo estudio no podemos detenernos y que nos limitamos a apuntar⁴¹. A tenor de lo dispuesto en el art. 5.3 LORPM las edades indicadas deben entenderse referidas siempre al momento de la comisión de los hechos.

de Menores, celebradas en Madrid, los días 1, 2 y 3 de diciembre de 1997, se acordó, entre otras conclusiones, considerar no acertada la atribución de competencias a los Juzgados de Menores para el enjuiciamiento de las conductas delictivas de los jóvenes comprendidos entre 18 y 21 años, sin perjuicio de que la jurisdicción ordinaria, competente para el enjuiciamiento de tales conductas, pudiera aplicar las medidas contenidas en la Ley de Menores: vid. *Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial y de los Juzgados y Tribunales*, Madrid, 1998, pág. 106.

³⁹ GÓMEZ RECIO, F.; “La aplicación de la nueva Ley de Responsabilidad Penal de los Menores a los jóvenes mayores de 18 años”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 437, 4 mayo 2000, págs. 1 y ss. POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., ob. cit., págs. 19-20. GIBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, en *Seminario sobre la Ley Orgánica Reguladora de la responsabilidad Penal de Menores*, Madrid, 2000, ejemplar mecanografiado, pág. 40.

⁴⁰ La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, en su Disposición transitoria única declara que “Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma”, sin que en su Exposición de Motivos se contenga referencia alguna a las causas de dicha suspensión. Con anterioridad, la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, excluía del ámbito de aplicación del art. 4 a los mayores de dieciocho años imputados en la comisión de delitos de homicidio (art. 178 Código Penal), asesinato (art. 139 Código Penal), agresión sexual (arts. 179 y 180 Código Penal), y delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 del Código Penal). Un análisis sobre el alcance de esta última reforma puede verse en DE URBANO CASTRILLO, E., “La delincuencia grave de menores”, *La Ley*, núm. 5165, 19 de octubre de 2000, págs. 1 y ss.

⁴¹ Vid. Circular F.G.E. núm. 1/2000, de 18 de diciembre, *sobre 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*.

III. COMPETENCIA

III.1. Objetiva

Según el art. 2.1 LORPM corresponde a los Jueces de Menores el enjuiciamiento, en primera instancia, de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el art. 1 de la ley, así como la ejecución de sus sentencias⁴². El art. 16.5 LORPM prevé una norma especial para el caso de hechos cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y menores, en cuyo caso, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal a los efectos de incoar el oportuno expediente.

La competencia de los Jueces de Menores se extiende al conocimiento de las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la nueva ley (art. 2.2 LORPM). Con buen criterio la nueva ley ya no atribuye a los Juzgados de Menores la competencia para conocer y enjuiciar determinadas faltas cometidas por mayores de edad penal, a diferencia de lo establecido en la normativa anterior⁴³. En opinión de la doctrina, la extensión de la competencia al conocimiento de dichas faltas resultaba incongruente y distorsionadora y además había quedado obsoleta con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, por lo que debía estimarse derogada⁴⁴.

⁴² Vid. arts. 44 y 45 LORPM.

⁴³ El art. 9.2 según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, extendía la competencia de los Jueces de Menores a las faltas cometidas por mayores de edad penal comprendidas en el art. 584 del Código Penal, Texto Refundido de 1973 excepto las de su número 3º.

⁴⁴ En este sentido crítico se pronunciaban: ORNOSA FERNÁNDEZ, M^a. R., “La nueva regulación..”, ob. cit., pág. 161. MARTÍN OSTOS, J., “El nuevo proceso de menores”, *La Ley*, Tomo I-1994, págs. 1145-1146. MARTÍN SÁNCHEZ, A., “Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la legislación de menores”, en *Menores privados de libertad*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 247. RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Estudio crítico..”, ob. cit., pág. 1604. DÍAZ MARTÍN, F.R., “Tratamiento procesal de la delincuencia de menores”, *La Ley*, 1999, D-257, pág. 2004. A pesar de estas críticas, la F.G.E había indicado que tras la promulgación del nuevo Código Penal de 1995 debían buscarse en el nuevo texto legal aquellos tipos que fueran equivalentes a los previstos en el derogado art. 584 del Código Penal, Texto Refundido de 1973. En esta línea, la Circular 2/1996, de 22 de mayo, *sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: su incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*, establecía, en su epígrafe IX, que el conocimiento de las nuevas faltas de los arts. 618 y 622 venía atribuida a los Juzgados de Menores.

La posterior Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, ha previsto la creación en la Audiencia Nacional de un Juzgado Central de Menores para conocer de los delitos de terrorismo (arts. 571 a 580 del Código Penal) cometidos por menores de dieciocho años⁴⁵.

III.2. Territorial

El art. 96.1 LOPJ⁴⁶ declara que “En cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o más Juzgados de Menores. No obstante cuando el volumen de trabajo lo aconseje, podrán establecerse Juzgados de Menores cuya jurisdicción se extienda o bien a un partido determinado o agrupación de partidos, o bien a dos o más provincias de la misma Comunidad Autónoma. Tomarán su nombre de la población donde radique su sede”. La competencia territorial viene determinada por el *forum delicti comissi* (art. 2.3 LORPM), descartando la ley otras opciones que contaban con algunos respaldos doctrinales, como el lugar de residencia del menor infractor, y que no dejaban de tener un sólido fundamento⁴⁷. La competencia del Juez de Menores determinará la competencia de la Fiscalía para la instrucción del expediente.

En los supuestos de conexidad delictiva, cuando los hechos hubieren sido cometidos en territorios diferentes, el fuero se corresponderá con el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, se aplicarán los criterios previstos en el art. 18 LECrim⁴⁸. La previsión del lugar del domicilio del menor viene justificada por la necesidad de aplicar la medida que, en su caso, pueda imponerse en el lugar donde el menor lleva a cabo sus actividades habi-

⁴⁵ Dicha Ley Orgánica ha introducido una nueva Disposición adicional cuarta en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, añadiendo también un segundo apartado al art. 96 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, del siguiente tenor: “En la villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá un Juzgado Central de Menores, que conocerá de las causas que le atribuya la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores”.

⁴⁶ Conforme a la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

⁴⁷ La F.G.E. sostiene en la Circular núm. 1/2000, de 18 de diciembre, que las dudas que puedan suscitarse acerca de la competencia territorial se resolverán siempre a favor de la competencia del Juez del lugar de domicilio del menor.

⁴⁸ Como apunta LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 4, parece razonable entender que sólo se acudiría a las previsiones de la LECrim cuando ninguna de las infracciones penales se hubiere cometido en el lugar del domicilio del menor. Por su parte, la F.G.E. se refiere en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, a los casos de coparticipación de menores en varios hechos delictivos conexos, cuando el domicilio de dos o más menores radicara en partidos judiciales distintos en los que se hubieren sido cometidas infracciones penales, en cuyo caso la determinación del Juzgado de Menores competente por conexidad atenderá al lugar del domicilio de aquel de los menores en el que primero concurra alguno de los criterios establecidos sucesivamente en el art. 18 LECrim.

tuales y viene desarrollando su proceso educativo evitando, además, desplazamientos que pueden ser perturbadores⁴⁹. Salvo en estos supuestos de conexidad delictiva, cada hecho delictivo dará lugar a la incoación de un procedimiento (art. 20.1 LORPM), en línea con la solución del art. 300 LECrim. Frente al criterio del expediente personal por cada menor, nuestro legislador ha optado por una solución distinta, de tal forma que cada hecho dará lugar a la formación de un único expediente con independencia del número de menores que hayan participado⁵⁰.

IV. SUJETOS INTERVINIENTES

IV.1. El Ministerio Fiscal: director de la investigación

El art. 6 de la LORPM contiene una verdadera declaración programática de las funciones que corresponden al Ministerio Fiscal en el seno del nuevo proceso de menores. Según dicho precepto le corresponde: a) la defensa de los derechos de los menores, b) la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, c) la vigilancia de la observancia de las garantías del procedimiento, d) el impulso del procedimiento, y e) la dirección personal de las investigaciones, ordenando que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de los hechos y la participación del menor⁵¹. Salvo esta última, el resto de las funciones enumeradas no son más que una concreción normativa de aquellas misiones constitucionales que el art. 124 CE atribuye al Ministerio Fiscal, que lo configuran como una institución encaminada a la defensa de los derechos de los ciudadanos -especialmente de los derechos de los menores⁵²-, del interés público y a la satisfacción del interés social⁵³.

De todas formas, es posible que la atribución y el ejercicio simultáneo en un mismo procedimiento de estas funciones por parte del Ministerio Fiscal pueda presentar, en determinados casos, ciertas dosis de incompatibilidad, de ahí que algunos autores señalen de que

⁴⁹ POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., ob. cit., pág. 21.

⁵⁰ Este expediente no debe confundirse con el expediente personal del menor abierto en la Fiscalía a efectos de registro, al que se refiere el art. 20.2 LORPM.

⁵¹ En la práctica, un ejercicio mínimamente de dichas funciones se encuentra con el obstáculo de la secular precariedad de medios personales y materiales del Ministerio Fiscal español.

⁵² Vid. art 3.7 E.O.M.F.

⁵³ Vid. más ampliamente GUASCH FERNÁNDEZ, S., y MIRANDA ESTRAMPES, M., "El Ministerio Fiscal: consideraciones en torno a un modelo constitucional", *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, segundo trimestre, 1999, págs.324 y ss. DEL MORAL GARCÍA, A., "Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal", *La Ley*, 1998, Tomo 6, D-316, págs. 2216 y ss.

la ley coloca al Ministerio Fiscal en una posición ambivalente⁵⁴ o de difícil articulación⁵⁵. Quizás el propio legislador sea consciente de este hecho, al establecer que el Fiscal que asista al menor detenido debe ser distinto del Fiscal instructor del expediente (cfr. art. 17.2 LORPM).

En el ámbito de la jurisdicción de menores hemos pasado de una situación de tradicional ausencia del Ministerio Fiscal⁵⁶, a una situación actual de protagonismo esencial, de tal forma que podemos afirmar que la justicia de menores en nuestro ordenamiento jurídico no se puede concebir sin la presencia activa del Ministerio Público. No faltan voces críticas con la atribución al Ministerio Fiscal de tan amplias funciones y facultades, especialmente al no ir acompañada de la introducción de mecanismos de control del ejercicio del principio de oportunidad al que después nos referiremos⁵⁷.

Para el ejercicio de dichas funciones el Ministerio Fiscal contará con la asistencia del Secretario Judicial. La nueva Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, ha previsto la existencia de Secretarios Judiciales en las Secciones de Menores de las Fiscalías, modificando la redacción de los arts. 473 y 476 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁵⁸. Entre las funciones que se le encomiendan al Ministerio Fiscal, la nueva ley le atribuye la dirección de la investigación, volviendo a proclamar en el art. 16.1 que “Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los

⁵⁴ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 5. GARCÍA PÉREZ, O., “La evolución del sistema..”, ob. cit., pág. 694. Algunos autores hablan incluso de posición esquizofrénica: SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 175. PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores..”, ob. cit., pág. 255.

⁵⁵ Circular F.G.E. núm. 1/2000, de 18 de diciembre.

⁵⁶ Esta situación se trató de paliar con la Instrucción F.G.E. núm. 2/1992, de 13 de febrero, sobre *la Intervención de los Fiscales ante la Jurisdicción de Menores*, que adelantándose a la Ley Orgánica 4/1992, estableció una serie de criterios que debían presidir la obligatoria actuación de los Fiscales en el seno de los procedimientos tramitados en los Juzgados de Menores y Tribunales Tutelares de Menores, mientras no se colmara el vacío normativo que se había producido tras la promulgación de la STC 36/1991, de 14 de febrero.

⁵⁷ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 5.

⁵⁸ Vid. artículo séptimo de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre. La Instrucción F.G.E. núm. 2/2000, de 27 de diciembre, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores*, hace referencia a las funciones del Secretario Judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía. Una visión crítica de la presencia del Secretario Judicial en las Fiscalías puede verse en GÓMEZ ARROYO, J.L., “Consideraciones sobre el Secretario Judicial en la Sección de Menores de la Fiscalía (I) y (II)”, *La Ley*, núms. 5270 y 5271, 19 y 20 de marzo de 2001.

que se refiere el artículo 1 de esta Ley”. Con todo, no estamos ante una novedad introducida con el nuevo texto legal, sino que viene a confirmar y consolidar el modelo introducido con ocasión de la publicación de la 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*⁵⁹, aunque, como se denunció desde sectores doctrinales, esta solución no vino precedida de un previo debate científico⁶⁰. El art. 15.1, regla 2ª de esta última ley ya encomendaba al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos así como el monopolio en el ejercicio de la acción penal. Modelo que, sin embargo, no estuvo -ni está- exento de cierta discusión y polémica⁶¹. Si exceptuamos las facultades de investigación previstas en el art. 785 *bis* LECrim, introducido con ocasión de la promulgación de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre⁶², es la primera vez en nuestro ordenamiento jurídico que un texto legal atribuye al Ministerio Fiscal la investigación de hechos delictivos, sin el carácter subsidiario que resulta del mencionado art. 785 *bis*, en su apartado 3º, al establecer que “Cesará el Fiscal en su diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”, cuya finalidad era evitar instrucciones paralelas⁶³.

⁵⁹ En opinión de MARTÍN OSTOS, J., “Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores”, en *Menores privados de libertad, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 162, la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal constituyó la gran novedad procesal de la Ley Orgánica de 1992. LORCA NAVARRETE, A.M., *El proceso español del menor*, Edit. Dykinson, Madrid, 1993, págs. 63-64, califica al Fiscal como un auténtico *dominus procedendi*.

⁶⁰ MARTÍN OSTOS, J., “El nuevo proceso..”, *ob. cit.*, pág. 1146.

⁶¹ No han faltado posturas doctrinales contrarias a la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal: ORNOSA FERNÁNDEZ, Mª. R., “La nueva regulación..”, *ob. cit.*, págs. 156-158 y 160, en donde se aludía, además de otros argumentos, a la carencia de medios materiales y personales; MARTÍN OSTOS, J., “El nuevo proceso de menores”, *ob. cit.*, pág. 1142; RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M.; “Estudio crítico...”, *ob. cit.*, pág. 1604. Desde algunos sectores se había apuntado incluso la posibilidad de atribuir la investigación de los hechos delictivos imputados a menores a la Policía Judicial, oportunamente especializada, con la finalidad de preservar el papel del M.F. como defensor del menor, que desempeñaría funciones de inspección de la investigación: LÓPEZ CABALLERO, “La intervención del Ministerio Fiscal en el nuevo procedimiento de menores”, en *Memoria de la Fiscalía General del Estado* correspondiente al año 1993, Madrid, 1994, págs. 843-844.

⁶² Vid. ANDRÉS IBAÑEZ, P., “El Ministerio Fiscal entre <viejo> y <nuevo> proceso”, en AA.VV., *La reforma del proceso penal*, Edit Tecnos, Madrid, 1990, págs. 81 y ss.

⁶³ Se instauró en nuestro proceso penal lo que algunos autores denominaron sistema de “doble ventanilla”, cuyo alcance trató de limitarse con la aprobación de la conocida enmienda BANDRÉS, que dio lugar al actual núm. 1 del art. 789 LECrim, exigiendo que la Policía Judicial hiciera entrega de los atestados originales al Juez de Instrucción competente, remitiendo copia al Ministerio Fiscal. Más ampliamente, vid. GIMENO SENDRA, V, con MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., y ALMAGRO NOSETE, J., *El nuevo Proceso Penal*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, págs. 94 y ss.

Como se argumentó entonces la nueva Ley Orgánica 4/1992, supuso el redescubrimiento del Ministerio Fiscal en el ámbito de la reforma de menores, pasando de una posición abstencionista a un papel de verdadero protagonista⁶⁴. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/1992 justificaba la implantación del nuevo modelo de investigación en la necesidad de preservar la imparcialidad objetiva del Juez de Menores en cuanto órgano juzgador. El derecho a un juez imparcial estaba reconocido, en el ámbito de la justicia de menores, en los textos internacionales⁶⁵.

Nos llama la atención que la nueva Ley Orgánica 5/2000, en su Exposición de Motivos, no contenga ninguna mención a las razones que justifican el mantenimiento y consolidación del modelo de investigación Fiscal. Silencio legal que resulta censurable por cuanto el modelo del Fiscal investigador no es la única opción posible que tenía nuestro legislador para garantizar la imparcialidad objetiva del Juez de Menores, ya que cabían otro tipo de soluciones para evitar la *contaminación* del órgano enjuiciador⁶⁶. El mantenimiento del modelo de investigación por el Ministerio Fiscal puede obedecer a su utilización como banco de pruebas o ensayo jurídico⁶⁷ para una futura reforma de la LECrim, al objeto de incorporar al proceso penal de adultos la figura del Fiscal investigador, en línea con las

⁶⁴ DOLZ LAGO, M.J., “El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, núm. 3955, 18 de enero de 1996, pág. 2.

⁶⁵ Vid. art. 40.2.b), apartado iii, de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño.

⁶⁶ LANDROVE DÍAZ, G., “Marco operativo..”, ob. cit., pág. 5, nos dice que “Es cierto que atribuir la instrucción al Ministerio Fiscal es una de las posibles fórmulas para separar tajantemente las funciones de instrucción y enjuiciamiento -y, por ello, satisfacer las más elementales exigencias de imparcialidad judicial-, pero no la única. En efecto, bien pudo haberse recurrido, por ejemplo, a la previsión de un Juez para la investigación y de otro distinto para el enjuiciamiento y fallo; esto es, un Juzgado de Instrucción de Menores y otro de lo Penal de Menores, al menos en cada provincia, para evitar que el mismo Juez de Menores que tuviese encomendada la instrucción celebrase después el juicio, con vulneración del principio de imparcialidad”. MARTÍN OSTOS, J., “Aspectos procesales..”, ob. cit., pág. 163, apuntaba que la imparcialidad del juzgador se hubiera podido preservar también estableciendo un juez para la investigación y otro distinto para el enjuiciamiento y fallo. También RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Estudio crítico..”, ob. cit., pág. 1604, abogaba por la creación de Juzgados de Menores, responsables del enjuiciamiento y fallo, y Juzgados de Instrucción de Menores, encargados de todas las diligencias de investigación.

⁶⁷ Algunos autores hablan de “experiencia piloto”: POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., ob. cit., pág. 15. En este mismo sentido ya se había pronunciado la doctrina en relación con la normativa anterior representada por la Ley Orgánica 4/1992: LÓPEZ CABALLERO, “La intervención del Ministerio Fiscal en el nuevo procedimiento de menores”, ob. cit., pág. 837. PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores..”, ob. cit., pág. 255. MARTÍN OSTOS, J., “Aspectos procesales..”, ob. cit., pág. 163. DÍAZ MARTÍN, F.R., ob. cit., pág. 2007.

soluciones adoptadas en algunos países de la Unión Europea (Alemania⁶⁸, Italia y Portugal), procediéndose a una “reubicación” del Juez instructor. Reforma que ya se apuntaba no sólo con la atribución de facultades de investigación al Ministerio Fiscal, en el marco del art. 785 *bis* LECrim, sino también, con la nueva distribución de funciones que realizó la *Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado*, atribuyendo la iniciativa investigadora a las partes y concediendo al Juez de Instrucción facultades de complementación del material instructorio. Esta nueva asignación de papeles tiene lugar en un contexto de crisis del modelo clásico de instrucción judicial, al atribuirse al Juez de Instrucción, desde determinados sectores doctrinales, un carácter predominantemente inquisitivo.

La introducción en el art. 6 LORPM del término “*personalmente*” parece estar inspirado en el art. 370.1 del vigente Codice di Procedura Penale italiano, al declarar que “Il pubblico ministero compie personalmente ogni attività di indagine...”⁶⁹. Su mención parece obedecer a la idea de evitar la burocratización del Ministerio Fiscal durante la investigación⁷⁰, que acabe convirtiendo a las Fiscalías en unas meras oficinas administrativas de recolección de los informes y documentos remitidos por la Policía Judicial, el Equipo Técnico y otros organismos administrativos; instándole, por el contrario, para que frente a estas prácticas, adopte una posición activa y dinámica⁷¹. Se descartan además otras opciones apuntadas por determinados sectores doctrinales en el marco de la normativa anterior, y que postulaban la atribución de la investigación a la Policía Judicial, correspondiendo al Fiscal funciones de inspección, en línea con lo proclamado en el art. 306 LECrim para el proceso penal de adultos. Aunque nada impide que el Ministerio Fiscal pueda ordenar a la Policía Judicial la práctica de diligencias, tal como autoriza el art. 6 LORPM. En todo caso debe tratarse de una policía especializada en materia de menores, de conformidad con las

⁶⁸ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., “La reforma procesal penal de la R.F. de Alemania de 1975”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, núm. 2-3, pág. 687, que alude a la reconceptualización de la función del M.F. en la fase de instrucción, convirtiéndolo en el “señor del sumario”.

⁶⁹ Vid. CONSO, G., y GREVI, V., *Profili del nuovo Codice di Procedura Penale*, Cedam, Padova, 1990, pág. 293.

⁷⁰ Burocratización que fue puesta de manifiesto por algunos autores bajo la vigencia de la derogada Ley Orgánica 4/1992: vid. DOLZ LAGO, M.J., “El Fiscal...”, ob. cit., págs. 5 y 7.

⁷¹ La introducción del vocablo “personalmente” fue propuesto por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, de 12 de noviembre de 1997, ob. cit., pág. 255, razonándolo de la siguiente forma: “si se quiere destacar la imposibilidad de delegar la dirección de la investigación y la necesidad de una directa proximidad, incluso física, con el desarrollo de la misma, como elemento esencial al ejercicio de la función instructora, la expresión <dirigirá.. por sí> podría ser sustituida por <dirigirá personalmente>, siempre refiriéndose a la investigación y con independencia de las actuaciones que ordene practicar a la policía judicial”.

recomendaciones internacionales⁷². El art. 6 LORPM refuerza la dependencia funcional de la Policía Judicial respecto del Ministerio Fiscal, en un contexto de especialización policial, a tenor de las previsiones de la Disposición final tercera, apartado 4, aunque en la mayoría de los casos esta especialización no es más que un *desideratum* o una utopía por el momento difícil de alcanzar, ante la insuficiencia de medios personales y materiales. A modo de conclusión, podemos afirmar que el nuevo modelo de investigación diseñado por el legislador parece anticipar una reforma global futura de la LECrim.

IV.2. El Juez de Menores: análisis desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva

El Juez de Menores no se limita a intervenir en la fase de audiencia, dirigiendo los debates durante la celebración de la audiencia y dictando sentencia, sino que interviene también durante la fase de instrucción y la fase intermedia, lo que puede afectar, como analizaremos en este apartado, a su imparcialidad objetiva. Durante la fase de investigación corresponde al Juez de Menores acordar el secreto del expediente, previa solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia (art. 23.3. LORPM), así como la práctica de aquellas diligencias restrictivas de derechos fundamentales, a petición del Ministerio Fiscal (arts. 23.3 y 26.3 LORPM), actuando como Juez de garantías. Le corresponde también la adopción de medidas cautelares, en los términos previstos en el art. 28 LORPM⁷³.

Durante la fase intermedia el Juez de Menores deberá pronunciarse sobre la apertura de la audiencia o sobre el sobreseimiento (arts. 31, 33 y 34 LORPM), así como practicará por sí aquellas *pruebas* propuestas por el letrado del menor que hubieren sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción (art. 33.e) LORPM). En la audiencia el Juez de Menores puede poner de manifiesto a las partes, al inicio del acto, la posibilidad de aplicar una distinta cali-

⁷² La regla 12.1 de las *Reglas de Beijing* dispone que “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”. La Disposición final tercera, apartado cuarto, LORPM establece que “Asimismo, el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por esta Ley”.

⁷³ Los Jueces de Instrucción en funciones de guardia sustituirán a los Jueces de Menores, fuera de las horas de audiencia de sus Juzgados, para la adopción de medidas cautelares o restrictivas de derechos, en los términos previstos en el art. 3 del Acuerdo de 10 de enero de 2001, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2001, de 10 de enero, de modificación del Reglamento número 5/1995, de 7 de junio, *de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo que se refiere a la adopción de medidas urgentes y a la presentación de escritos durante el servicio de guardia* (B.O.E., núm. 11, 12 de enero de 2001).

ficación o una distinta medida de las que hubieren solicitado en sus escritos de alegaciones (art. 37.1 LORPM).

Como ya tuvimos ocasión de señalar, la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, justificaba la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal en la necesidad de garantizar la imparcialidad objetiva del Juez de Menores, en cuanto órgano juzgador⁷⁴. Dicho modelo se mantiene en la actual Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, al haber obtenido respaldo constitucional en virtud de la doctrina establecida en la STC 60/1995, de 17 de marzo⁷⁵. Sin embargo, estimamos que en el actual modelo de responsabilidad penal diseñado por el legislador el conjunto de competencias y facultades que se atribuyen al Juez de Menores durante todo el procedimiento le colocan en una situación de “contaminación”, que puede vulnerar las exigencias derivadas del reconocimiento en el proceso de menores del derecho a un juez imparcial que forma parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías⁷⁶.

Dos son las novedades que permiten el replanteamiento y revisión de la doctrina establecida por el TC. En primer lugar, la nueva ley posibilita que el Juez de Menores pueda entrar en contacto directo con las fuentes de prueba, acordando la práctica por sí de aquellas “pruebas” solicitadas por el Letrado del menor que hubieran sido denegadas inicialmente por el Ministerio Fiscal. Estamos ante una verdadera actividad judicial instructora, ya que aunque la ley hable de “pruebas”, en realidad se trata de verdaderas diligencias de investigación, que propuestas por la defensa en sede de fase instructora, fueron indebidamente desestimadas por el Ministerio Fiscal, reproduciéndose, “en cualquier momento”, la

⁷⁴ El art. 40.2.b) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, establece que “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial...”.

⁷⁵ En la misma línea, Auto TC 148/1999, de 14 de junio, fj.4°.

⁷⁶ Una visión crítica de la doctrina establecida en la mencionada STC 60/1995, de 17 de marzo, puede verse en TAPIA PARREÑO, J.J., “El derecho al Juez imparcial, en su aspecto objetivo, en la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores. Su posible inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 1995”, *La Ley*, 1995-2, págs. 1110 y ss. Este autor concluye que “si además de dictar el auto de apertura de la audiencia ha tenido que oír o/e interrogar al menor en la comparecencia en la fase que podríamos denominar instructora, y ha podido ocurrir que haya adoptado una medida de protección o el internamiento en centro cerrado o/y que haya colaborado con el Fiscal al practicar diligencias de investigación no ejecutables por el mismo, podemos afirmar, sin ningún género de dudas, que los prejuicios y prevenciones que el Juzgador tiene le imposibilitan ser imparcial, de forma objetiva, en el momento de la audiencia”.

petición de su práctica ante el Juez de Menores⁷⁷. Su ubicación legal en sede de fase intermedia (art. 33.e) LORPM) no hace perder a dichas diligencias su verdadera naturaleza de diligencias de investigación. No olvidemos que pueden tratarse de diligencias que afecten a derechos fundamentales (cfr. art. 26.3 LORPM). La práctica de dichas diligencias por el propio Juez de Menores hace que el mismo entre en contacto directo con las fuentes de prueba, desarrollando una verdadera instrucción judicial complementaria, quedando de esta forma “contaminado”⁷⁸.

En segundo lugar, la STC 60/95, descartaba que la acumulación en un mismo órgano jurisdiccional de la fase intermedia y la del juicio oral implicara una violación del derecho al juez imparcial, como sucedía en el procedimiento de reforma de menores diseñado en la Ley Orgánica 4/1992. Esta última conclusión debe ser objeto de revisión a la luz de la doctrina establecida en la reciente STC 310/2000, de 18 de diciembre⁷⁹. En dicha resolución se concede el amparo solicitado por vulneración del derecho a un juez imparcial, integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías, dado que uno de los miembros del Tribunal sentenciador, concretamente su Presidente, fue el Juez que dictó el auto de apertura de juicio oral en el Procedimiento Abreviado. Para el TC “la intervención del Juez con carácter previo al enjuiciamiento de los hechos, al dictar el auto de apertura del juicio oral, hizo quebrar su neutralidad, al ser necesario a tal efecto apreciar la existencia de indicios racionales de criminalidad”⁸⁰. La consolidación de esta línea jurisprudencial podría acarrear la inconstitucionalidad del procedimiento diseñado en la Ley Orgánica 5/2000, al desmarcarse del criterio mantenido en la STC 60/1995. En el nuevo proceso de menores

⁷⁷ Inicialmente en el Proyecto de Ley de 3 de noviembre de 1998 la reproducción de la petición de práctica de diligencias debía hacerse por el letrado en el escrito de alegaciones ante el Juzgado (art. 26.1). La introducción de la posibilidad de reproducir la petición “en cualquier momento” fue fruto de la enmienda núm. 11 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV), en cuya justificación se alegaba que “Es obligado conceder al Letrado del menor la posibilidad de solicitar la práctica de pruebas de descargo (*sic*) en cualquier momento de la causa. Si el Ministerio Fiscal se niega a admitirlas, siendo éste parte en el procedimiento, el Abogado debe poder acudir en solicitud de la práctica de la diligencia denegada al Juez de Menores, y no es preciso que deba esperar al trámite de alegaciones ya que, de ser practicada la prueba con anterioridad al mismo quizás diese como resultado el sobreesimientamiento del expediente antes de alcanzar dicho trámite...” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Series A: Proyectos de Ley, núm. 144-10, 16 de marzo de 1999, págs. 185-186).

⁷⁸ El mencionado Auto TC 148/1999, de 14 de junio, afirmaba, en su fj.4º, que “un Juez de Menores perdería su imparcialidad si él personalmente ordenara o llevara a cabo bien la incoación del expediente bien alguna diligencia instructora”.

⁷⁹ Vid. también STC 170/1993, de 27 de mayo, fj.4º y 5º.

⁸⁰ Dicha sentencia fue objeto de un voto particular que entre otras consideraciones se fundamentaba en la doctrina plasmada en la STC 60/1995, resolución esta última que no es ni siquiera mencionada en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

corresponde al Juez de Menores dictar, durante la fase intermedia y una vez las partes han presentado sus escritos de alegaciones, el auto de apertura de la audiencia. Dicha resolución no es un mero acto de ordenación formal del proceso, sino que su naturaleza presenta notables similitudes con el auto de apertura de juicio oral del Procedimiento Abreviado. Al igual que en este último el Juez de Menores debe realizar un juicio anticipado y provisional sobre la calificación de los hechos y la culpabilidad de los menores acusados. El Juez de Menores puede optar por no decretar la apertura de la audiencia y acordar el sobreseimiento de las actuaciones, mediante auto motivado (art. 33.b) LORPM). Sobreseimiento que puede estar basado, al igual que en el Procedimiento Abreviado, en alguno de los siguientes motivos: a) bien por estimar que los hechos no son constitutivos de delito (cfr. art. 637.2 LECrim), b) bien por estimar que no concurren indicios racionales de criminalidad contra el menor (cfr. art. 790.6 LECrim). En ambos casos se emite un juicio provisional sobre los hechos y la culpabilidad de los acusados⁸¹. Además, la misma adopción de medidas cautelares por parte del Juez de Menores presupone la previa constatación de indicios racionales de la comisión de un delito por parte del menor (art.28.1 LORPM)⁸².

⁸¹ TORRES ANDRÉS, J.M.; “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador”, en *Curso sobre la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, organizado por el Centre de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Madrid, noviembre 2000, ejemplar mecanografiado, pág. 7, nos dice que “En el proceso que la nueva Ley instaura es el Juez de Menores quien debe realizar los actos esenciales de la fase de preparación y, lo que es más, quien tiene que decidir la celebración de la audiencia a la vista del material aportado por el Ministerio Fiscal, de la petición de éste contenida en su escrito de alegaciones, de las alegaciones del perjudicado personado y, finalmente, de las alegaciones de la defensa, decisión que, sin duda, conlleva un juicio previo que podría incidir en su imparcialidad a la hora de pronunciarse sobre el fondo y dictar sentencia”.

⁸² La STC 320/1993, de 8 de noviembre, en su supuesto de adopción de medidas cautelares en el auto de apertura de juicio oral, dictado en el marco de un Procedimiento Abreviado, y que se concretaron en la prestación de fianza respecto de las eventuales responsabilidades pecuniarias, el embargo de bienes del acusado y la libertad provisional del mismo, declaraba, en su fj.3, que “constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado del hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECr.). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar, y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción.”. RICHARD GONZÁLEZ, M., “El nuevo proceso de menores”, *La Ley*, núm. 5085, 28 de junio de 2000, pág. 2, opina que la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales y la adopción de medidas cautelares puede afectar o comprometer su imparcialidad objetiva para dictar sentencia.

La aplicación de esta doctrina constitucional al proceso de menores puede motivar la inconstitucionalidad del modelo diseñado por el legislador, al cuestionar la imparcialidad objetiva del Juez de Menores en el momento de dictar sentencia.

IV.3. El Equipo Técnico

El Equipo Técnico tiene una amplia intervención durante el desarrollo del procedimiento que no se limita al desempeño de funciones de asesoramiento. Su presencia es una consecuencia de la necesidad de atender al interés superior del menor como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000 declara que dicho interés “ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas”. En su composición el Equipo Técnico presenta un carácter multidisciplinar, integrado por profesionales de ciencias no jurídicas (trabajadores sociales, psicólogos, pedagogos..)⁸³.

Como función principal, le corresponde en sede de instrucción, a requerimiento del Ministerio Fiscal⁸⁴, la elaboración de un informe 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 ley (art. 27.1 LORPM). No es ésta, sin embargo, la única intervención o cometido que se le atribuye al Equipo Técnico. La presencia e intervención del Equipo Técnico resulta esencial durante todo el procedimiento. Así, podrá proponer una intervención socio-educativa sobre el menor, e informará sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación (art. 27.2 y 3 LORPM). Puede proponer 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 (art. 27.4 LORPM). El legislador reconoce que el factor tiempo tiene una incidencia fundamental en el desarrollo de la personalidad del menor, pudiendo hacer desaparecer el contenido educativo de la medida, lo que puede determinar el archivo del procedimiento. No establece la ley plazos objetivos, por lo que en cada caso habrá que estarse a las especiales circunstancias y edad del menor para valorar la procedencia de la propuesta de archivo.

⁸³ La Disposición final tercera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, en su apartado 5 instaba al Gobierno a adoptar las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses. Este apartado ha sido suprimido por la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sin ofrecer el legislador ninguna explicación al respecto, por lo que desconocemos los motivos de su desaparición.

⁸⁴ El art. 27.1 LORPM establece que a estos efectos el Equipo Técnico dependerá funcionalmente del Ministerio Fiscal.

Ejerce también funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, y debe informar al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos por el menor y de su grado de cumplimiento (art. 19.3 LORPM). Deberá informar, con carácter previo, sobre la conveniencia de la adopción de la medida cautelar solicitada por el Ministerio Fiscal (art. 28.1 y 2 LORPM). Un representante del Equipo Técnico debe intervenir también en la audiencia (art. 35.1 LORPM), y deberá informar sobre la procedencia de las medidas propuestas (art. 37.2 LORPM). Se prevé su intervención en la vista del recurso de apelación (art. 41.1 LORPM). También deberá ser oído un representante del Equipo Técnico con carácter previo a la decisión sobre la suspensión de la ejecución del fallo (art. 40.1 LORPM), sobre la alteración del orden de cumplimiento de las medidas (art. 47.3 LORPM), y sobre su sustitución (arts. 50.2 y 51.1 LORPM).

IV.4. El menor. Especial atención al régimen de detención

El menor es, en realidad, el verdadero protagonista del proceso y único destinatario de las medidas que, en su caso, pueda imponer el Juez de Menores. La ley parte de la consideración del menor como sujeto de derechos (art. 1.3 LORPM), en línea con lo proclamado por los textos internacionales y por nuestra Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁸⁵. El art. 22.1 LORPM enumera aquellos derechos que ostenta el menor desde el mismo momento de la incoación del expediente. El tenor literal del precepto no nos debe llevar a la errónea conclusión de que con anterioridad a la incoación del expediente el menor carece de tales derechos. Su reconocimiento viene impuesto por los textos internacionales⁸⁶. Sin olvidar que en los casos de detención previa a la incoación de expediente, como veremos más adelante, el menor tiene reconocidos los derechos constitucionales (art. 17 C.E.).

Los derechos enumerados en el art. 22.1 LORPM son los siguientes: a) ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten; b) designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración; c) intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias, d) ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente⁸⁷; e) la asistencia afectiva y

⁸⁵ Vid. art. 3 Ley Orgánica 1/1996.

⁸⁶ Vid. especialmente el art. 40 de la Convención de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño.

⁸⁷ Es una manifestación del derecho de audiencia consagrado con carácter general en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Un estudio más amplio en el marco del proceso civil puede verse en GUZMÁN FLUJA, V.C., y CASTILLEJO MANZANARES, R., *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, págs. 105 y ss.

psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia; y e) la asistencia de los servicios del Equipo Técnico adscrito al Juzgado de Menores. Aunque no se encuentra previsto en dicho precepto, el art. 37.2 LORPM concede al menor en la audiencia el derecho a la última palabra, como otra manifestación del derecho de audiencia y defensa, en línea con lo previsto en la LECrim para el proceso penal de adultos⁸⁸. La ley trata de garantizar al menor la asistencia letrada desde el mismo momento de la incoación del expediente⁸⁹.

Una análisis especial merece la referencia a la entrevista reservada del menor con su letrado. A diferencia de la regulación contenida en la LECrim, el art. 22.1.b) permite que dicha entrevista tenga lugar incluso con anterioridad a que el menor preste declaración. Su aplicación no admite discusión cuando dicha declaración se realiza una vez incoado el expediente dado el tenor literal de dicho precepto. Mayores problemas de interpretación se suscitan en los casos de menor detenido por la policía que declara en las dependencias policiales, con anterioridad a la incoación del expediente. Una interpretación literal del precepto llevaría a la exclusión de la aplicación de lo dispuesto en el mencionado art. 22.1.b). Además, esta conclusión vendría avalada por el hecho de que el art. 17.1 LORPM al referirse a los derechos del menor detenido se remite *in totum* al contenido del art. 520 LECrim, sin establecer ninguna excepción, autorizando este último precepto, en su apartado 6, letra c), la entrevista reservada únicamente tras la práctica de la diligencia en que el letrado hubiere intervenido⁹⁰.

A pesar de ello, es posible sostener que los derechos previstos en el art. 22.1 LORPM tienen una vocación de aplicación general a lo largo de todo el procedimiento, desde el mismo momento de la detención del menor. El precepto impone a los propios agentes policiales la obligación de informar al menor de los derechos enumerados en el art. 22.1 LORPM, entre los que se menciona el de la entrevista reservada con carácter previo. La remisión al art. 520 LECrim no debe excluir la aplicación del art. 22 LORPM, pues este último es una norma especial que debe tener una aplicación preferente en aquello que

⁸⁸ Vid. art. 739 LECrim.

⁸⁹ Una sistematización de las diferentes facultades y funciones del letrado durante el procedimiento puede consultarse en VIDAL MARTÍNEZ, F., *La nueva Responsabilidad Penal del Menor*, Edit. Difusión, Barcelona, 2000, págs. 123 y ss. La ley ha impuesto la especialización de los letrados intervinientes, como resulta del art. 22..2 LORPM y del contenido de la Disposición final cuarta, en su apartado 3º.

⁹⁰ Esta norma ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina. Para REVILLA GONZÁLEZ, J.A., *El interrogatorio del imputado*, Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 138, supone concebir el interrogatorio en función de un puro acto de investigación, a la vez que compromete la estructura diléctica del proceso, al desequilibrar la función defensiva respecto de la acusadora.

suponga una mayor extensión del contenido de los derechos reconocidos al menor. Aunque la cuestión es de difícil solución, nos decantamos por reconocer en el espacio policial el derecho a la entrevista reservada con carácter previo a la declaración del menor detenido, aún cuando no se hubiere incoado formalmente expediente por el Ministerio Fiscal.

Mientras que la derogada Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, se remitía a la LECrim⁹¹, la nueva ley dedica una especial atención al régimen de detención de los menores, introduciendo importantes novedades en consonancia con las proclamaciones contenidas en las normas internacionales. En todo caso, la detención, como medida cautelar, debe ser utilizada como último recurso. La Recomendación nº (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, *sobre reacciones sociales ante la delincuencia juvenil*, nos dice que hay que evitar, en la medida de lo posible, la detención preventiva de los menores (punto 6)⁹².

El menor detenido goza de todos los derechos reconocidos en el art. 520 LECrim, de los que debe ser informado de forma inmediata y en un lenguaje claro y comprensible. El hecho de la detención y el lugar de custodia deben ser inmediatamente notificados a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal⁹³. En los casos de menores extranjeros el hecho de la detención debe notificarse a las Autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales (art. 17.1 LORPM)⁹⁴.

Al menor se le garantiza la asistencia letrada desde el mismo momento de la detención. Así, el art. 17.2 LORPM establece que “Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado”. En esta declaración deberán estar también presentes sus representantes legales, “salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario”. En defecto de dichos

⁹¹ El art. 15.1, regla 3ª, se limitaba a declarar que “El menor que fuese detenido gozará de los derechos que se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

⁹² Vid. art. 37.b) de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño.

⁹³ El art. 520.3 LECrim sólo imponía la notificación de la detención al Ministerio Fiscal cuando no se hallara a las personas que ejercen la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor.

⁹⁴ Para el caso de menores extranjeros indocumentados habrá que estar a lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, que impone al Ministerio Fiscal la obligación de determinar su edad, si existen dudas acerca de su minoría de edad, sin perjuicio de que los servicios competentes de protección de menores le dispensen la atención inmediata que precise. Constatada la minoría de edad, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores, salvo, añadimos nosotros, que interesara la adopción de medidas cautelares conforme a lo dispuesto en el art. 28 LORPM.

representantes la ley impone la presencia necesaria del Ministerio Fiscal, que actuaría en calidad de representante del menor, de ahí que la propia ley añada que debe tratarse de una persona distinta del instructor del expediente. Esta última previsión ha suscitado las críticas de un sector de la doctrina, que destacan que su aplicación en la práctica será generadora de disfunciones. DOLZ LAGO nos dice que esta situación planteará cierta esquizofrenia entre los representantes del Ministerio Fiscal, además, añade, no parece razonable que la declaración del detenido la tome la policía en presencia del Fiscal, como representante del menor, cuando la misma Institución del Ministerio Fiscal tiene encomendada la instrucción del expediente y la policía actúa bajo las órdenes de aquélla, críticas que compartimos plenamente. Su presencia no deviene, en nuestra opinión, absolutamente necesaria. Incluso el propio precepto prevé que en algunos casos pueda prescindirse de la presencia de los representantes legales (art. 17.2 LORPM). Nada impedía, por tanto, que en estos casos el Letrado del menor fuera habilitado también para actuar como representante del menor o incluso recabar la presencia de un representante de la Entidad pública que estuviera encargada de la protección de menores ante la posible existencia de una situación de desamparo⁹⁵.

Se recupera como plazo máximo de duración de la detención gubernativa (policial) el de 24 horas, en línea con las previsiones del art. 496 LECrim. Se reduce, de esta forma el plazo de 72 horas previsto constitucionalmente e incorporado a la LECrim (art. 17.2 CE y art. 520.1 LECrim). En materia de terrorismo (arts. 571 a 580 del Código Penal) el plazo se amplía conforme a lo dispuesto en el art. 520 bis LECrim, correspondiendo adoptar las decisiones de prórroga y de incomunicación al Juez Central de Menores (art. 17.4)⁹⁶. Salvo en estos supuestos, dentro del plazo máximo de 24 horas el menor debe ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal⁹⁷. Una vez puesto a disposición del Ministerio

⁹⁵ DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal del menor (comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000, págs. 50-51 y 132. En esta misma línea crítica VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica...*, ob. cit., pág. 100, quienes sostienen que esta doble posición podría ser contraria a los principios de unidad y jerarquía del Ministerio Fiscal. Para GISBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento..”, ob. cit., pág. 22, estima que hubiera sido más positivo que fuera el propio Fiscal instructor del expediente quien explorara al menor “pues la inmediatez de la exploración, la forma de responder del menor, su actitud, la presencia o no de sus padres, y la actitud de los mismos propocionan al Fiscal una información valiosísima”.

⁹⁶ Vid. Disposición adicional cuarta, apartado 2.g) de la Ley Orgánica 5/2000, según redacción dada por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

⁹⁷ Para POLO RODRÍGUEZ, J.J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva ley..*, ob. cit., pág. 34, esta puesta a disposición no debe conllevar el traslado material del menor a la sede de la Fiscalía en los supuestos de comisión de faltas o delitos menos graves, debiendo recurrirse a esta conducción del menor por los agentes de la autoridad que hayan practicado la detención sólo en los supuestos de perpetración de delitos graves.

Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORPM), o sobre la incoación del expediente, poniendo, en su caso, al menor a disposición del Juez de Menores instando, en su caso, las oportunas medidas cautelares (art. 17.5 LORPM)⁹⁸.

Se prevé también la competencia para conocer del procedimiento de *habeas corpus*, correspondiendo su conocimiento al Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre el menor privado de libertad. Si no constare, el del lugar donde se produjo la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido. La solicitud de *habeas corpus* debe ser inmediatamente notificada al Ministerio Fiscal cuando haya sido instada por el propio menor (art. 17.6 LORPM)⁹⁹. La custodia de los menores detenidos deberá hacerse en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (art. 17.3 LORPM)¹⁰⁰. Esta norma exige una adecuación de los centros de detención, que en la práctica no se ha producido. En la actualidad, la mayoría de las dependencias policiales carecen de las condiciones adecuadas para dar cumplimiento a las exigencias de la ley y de los textos internacionales, lo que podría motivar una solicitud de *habeas corpus* al amparo del apartado d) del art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 2 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*.

V. LAS FASES DEL PROCESO DE MENORES

En este apartado vamos a exponer y analizar las diferentes fases que integran el nuevo proceso de menores, distinguiendo entre la fase instructora y la fase de audiencia, delimitando también la existencia de una fase intermedia, aunque el texto legal no la reconozca expresamente.

⁹⁸ En todo caso, la F.G.E., en su Circular núm. 1/2000, insta a los Fiscales a extremar el celo para que el período de detención dure lo estrictamente necesario, evitando el agotamiento de los plazos legales cuando no exista una razón poderosa que lo justifique.

⁹⁹ La F.G.E. en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, señala que si la detención ha sido ordenada por el Fiscal de la Sección de Menores o la solicitud de *habeas corpus* se produce estando el menor a su disposición, deberá asignarse a otro Fiscal distinto para intervenir en el procedimiento de *habeas corpus*.

¹⁰⁰ Vid art. 37, apartado c) de la Convención de 20 de noviembre de 1989, sobre los Derechos del Niño; regla 13.4 de las *Reglas de Beijing*; Recomendación nº (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, punto 7 y Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, regla 17.

V.I. Fase de instrucción

1.1. Actuaciones preliminares

La Fiscalía General del Estado, a pesar de la falta de expresa previsión legal, ha reconocido la viabilidad de adoptar en el marco de unas Diligencias Preliminares una serie de decisiones previas a la incoación del expediente, cuya existencia podría tener apoyo legal en el art. 16.2 y 3 LORPM¹⁰¹. Dicha fase preliminar tendría por objeto, según la Circular 1/2000, de 18 de diciembre de 2000, la valoración previa de los términos de la denuncia y la verificación, si es preciso, de actividades materiales de comprobación que se estimen necesarias para resolver sobre la incoación o no del expediente. En ningún caso el recurso de las Diligencias Preliminares puede utilizarse como coartada para realizar una investigación completa de los hechos a espaldas del menor y de su Letrado, por cuanto dicho investigación practicada con carácter previo a la incoación del expediente vulneraría el derecho de defensa y devendría totalmente nula. En dicho marco de las Diligencias Preliminares se incluirían los supuestos de inadmisión de la denuncia (art. 16.2 LORPM) y los casos de desistimiento de incoación previstos en el art. 18 LORPM.

a) La inadmisión de denuncias

La ley prevé un trámite de admisión de las denuncias, condicionando dicha admisión a que los hechos sean indiciariamente constitutivos de delito (infracción penal)¹⁰². De todas formas, aunque no lo diga expresamente la ley, la inadmisión de la denuncia se puede fundamentar también en su manifiesta falsedad, conforme a lo dispuesto en el art. 269 LECrim, dada su aplicación supletoria¹⁰³. Cuando el Fiscal estime que los hechos no constituyen delito o no tienen autor conocido acordará el archivo de estas Diligencias Preliminares.

La resolución que recaiga sobre la denuncia deberá notificarse a quienes la hubieran formulado (art. 16.2 LORPM)¹⁰⁴. Dicha decisión no será susceptible de ser recurrida, ni podrá reproducirse ante el Juez de Instrucción ni ante el Juez de Menores que carecen de competencia para ello.

¹⁰¹ Esta solución cuenta con el respaldo de una parte de la doctrina: DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad...*, ob. cit., pág. 105 y ss.

¹⁰² Vid. DOLZ LAGO, M.J., “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, *La Ley*, núm. 4540, de 14 de mayo de 1998, pág. 3, en relación a la inadecuación de la utilización del término “delito”.

¹⁰³ En este sentido, DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal...*, ob. cit., pág. 109.

¹⁰⁴ La necesidad de notificar el decreto de archivo acordado por el Ministerio Fiscal al denunciante y/o perjudicado ya era reclamada y defendida por la doctrina bajo la regulación anterior: vid., por todos, PANTOJA GARCÍA, F., MUÑOZ MARÍN, A., PARAMO Y DE SANTIAGO, C. y DEL MORAL GARCÍA, A., “La Ley reguladora..”, ob. cit., págs. 141-142.

b) El desistimiento de la incoación del expediente

El art. 18 LORPM autoriza el desistimiento de la incoación del expediente como modalidad de conclusión anticipada del procedimiento y como manifestación del principio de intervención mínima que debe presidir la denominada Justicia de menores, a tenor de lo previsto en los textos internacionales¹⁰⁵. El legislador ha concedido al Fiscal desde el inicio mismo del procedimiento la facultad de no incoar el expediente, cuando concurren determinados presupuestos, introduciendo en el proceso de menores el principio de oportunidad. La discusión doctrinal que en la normativa anterior se había originado en relación con el reconocimiento de la facultad de no incoar el expediente, basada en una interpretación flexible de la expresión “*en su caso*” contenida en el art. 15.1, regla 1ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992¹⁰⁶, se solventa por el legislador en la nueva ley de forma positiva. A tenor de la misma, a pesar de constatarse la existencia de una infracción penal el Fiscal puede no incoar el expediente (“*desistir*”), cuando se cumplan las condiciones previstas legalmente en el mencionado art. 18 LORPM, lo que determinará el archivo de las Diligencias Preliminares.

Los presupuestos que posibilitan la no incoación del expediente son los siguientes:

a) Que los hechos denunciados constituyan delitos menos graves cometidos además sin violencia o intimidación en las personas, o que se trate de simples faltas. El concepto de delitos menos graves nos lo proporciona el Código Penal en los arts. 13.2 y 33.3. En todo

¹⁰⁵ La regla 6.1 de las *Reglas de Beijing* establece que “Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia, y de las medidas complementarias de las decisiones”. Por su parte, la regla 11.1 señala que “se examinará la posibilidad cuando proceda de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1, *infra*, para que los juzguen oficialmente”. LORCA MARTÍNEZ, J., “Toma de postura sobre la Ley de Justicia Juvenil”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo VII, Madrid, 1997, pág. 349, denomina principio de flexibilidad procesal.

¹⁰⁶ Vid. Instrucción F.G.E. núm. 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*, estimaba que dicha regla no consagraba el principio de oportunidad en el ámbito de la reforma de menores en esta fase procesal, por cuanto si el hecho denunciado reunía los elementos indispensables para su concreción típica y el autor estaba determinado debía procederse a la incoación de expediente. En la doctrina, DOLZ LAGO, M.J., “Justicia de Menores: una cuestión de principio (la incoación del expediente judicial)”, *Actualidad Penal*, 1996-1, págs. 83 y ss., se mostraba partidario de una interpretación flexible que reconociera al Fiscal la facultad de no incoación del expediente cuando se dieran los presupuestos que la propia ley establecía para la solicitud de archivo una vez celebrada la comparecencia (art. 15, regla 6ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992).

caso, debe tratarse de delitos menos graves en los que no haya mediado para su comisión violencia o intimidación en las personas.

b) Que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

La comisión de un anterior hecho susceptible de ser calificado como delito menos grave o falta, impide que pueda hacerse uso del desistimiento. Obviamente, si el hecho anterior fuere constitutivo de un delito grave con mayor motivo debe estimarse la imposibilidad de desistir de la incoación del expediente¹⁰⁷. Para la F.G.E. no es necesario que exista una condena anterior a la decisión del Fiscal, pues la ley se refiere a hechos no a delitos ni a condenas ejecutorias¹⁰⁸. El título del precepto no coincide con su contenido definitivo. Inicialmente el Proyecto de Ley de 3 de noviembre de 1998 autorizaba el desistimiento de la incoación del expediente cuando “los hechos puedan encontrar su corrección en el ámbito educativo, familiar o comunitario, y a ello se comprometan los padres o representantes legales del menor, o los responsables de las correspondientes institucionales sociales”¹⁰⁹. Este requisito desapareció durante la tramitación parlamentaria¹¹⁰ a pesar de lo cual no se modificó el título del precepto que siguió empleando la fórmula inicial “*Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar*”, cuyo mantenimiento indebido puede generar confusiones e interpretaciones erróneas. Por tanto, hemos de descartar plenamente que “la corrección en el ámbito educativo y familiar” constituya uno de los requisitos necesarios para el desistimiento de la incoación del expediente.

También, en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno esta facultad de no incoación únicamente estaba permitida en los casos de menores de dieciséis años¹¹¹; requisito

¹⁰⁷ Vid. Circular F.G.E. 1/2000, de 18 de diciembre.

¹⁰⁸ Vid. Circular F.G.E. 1/2000, de 18 de diciembre.

¹⁰⁹ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 144-1, de 3 de noviembre de 1998, pág. 10.

¹¹⁰ Su supresión fue propuesta, creemos que acertadamente, por el Grupo Parlamentario Catalán (CiU) en la enmienda núm. 179, argumentando que se debe “corregir la discriminación existente en el hecho de que la incoación o no del expediente dependa de la menor o mayor disponibilidad de recursos familiares, así como soporte educativo por parte del menor. El redactado del proyecto propicia que un menor autor de un delito menos grave, de buena posición social, eluda un pronunciamiento judicial al que se tendrá que someter otro menor, autor del mismo delito o de otro más leve que se encuentre en una posición social o familiar menos favorable, que no le permita encontrar un ambiente familiar y educativo que propicie su corrección” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 144-10, 16 de marzo de 1999, págs. 242-243).

¹¹¹ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 3 de noviembre de 1998, Serie A, núm. 144-1, pág. 10

este último que ha desaparecido en la redacción definitiva del texto. El desistimiento en la incoación del expediente es independiente de la edad del menor.

El efecto procesal que produce el desistimiento es, por tanto, la no incoación del expediente y el archivo del procedimiento. Archivo que se acuerda directamente por el Fiscal, sin intervención ni control judicial. Para GÓMEZ RECIO esta facultad de disposición del Fiscal, sin ningún posterior control judicial, sobre la pretensión que se ejerce en el proceso de menores deriva de la propia finalidad educativa-sancionadora de la ley y no plantea, a su juicio, graves problemas de orden dogmático al estar incardinada en un procedimiento donde la pretensión que se ejercita carece de muchos de los caracteres propios de la acción penal¹¹².

No obstante, el desistimiento no impide la tramitación de la pieza de responsabilidad civil por el Juzgado de Menores, lo que no deja de ser un anacronismo¹¹³. Además, el desistimiento no implica necesariamente el cese de todo tipo de intervención sobre el menor, por cuanto el Fiscal debe dar traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores a los efectos de valorar la concurrencia o no de una situación de desprotección social, adoptando, en su caso, las medidas protectoras adecuadas conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

1.2. La incoación del expediente: efectos

Se establece el principio de unidad de expediente por cada hecho delictivo (art. 20.1 LORPM), salvo en los casos de hechos delictivos conexos (cfr art. 20.3 LORPM)¹¹⁴. Todo ello sin perjuicio del expediente personal que se debe abrir a cada menor en las Secciones de Menores de las Fiscalías y en los Juzgados de Menores (art. 20.2).

El art. 16.2 LORPM señala al Ministerio Fiscal como único destinatario de las denuncias. El mencionado precepto presupone que la incoación de expediente se realice previa presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, imponiendo a quienes tuvieran noticia de la comisión de algún hecho delictivo cometido por un menor de dieciocho años el deber

¹¹² GÓMEZ RECIO, F.; ob. cit., pág. 4.

¹¹³ Previsión de difícil encaje, al estar condicionado el inicio de la pieza de responsabilidad civil a la comunicación del parte de incoación del expediente, que en este caso no se habrá iniciado. VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *La Ley...*, ob. cit., pág. 105, nos dicen que lo acorde con nuestro sistema de responsabilidad civil hubiera sido que la no incoación del expediente supusiera la no exigencia de responsabilidad civil en sede penal, quedando expeditas las acciones civiles ante los Juzgados de Primera Instancia, opinión que compartimos plenamente.

¹¹⁴ Esta solución había sido defendida por los propios Jueces de Menores en las *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Justicia Juvenil*, convocadas por el Consejo General del Poder Judicial, celebradas en Madrid, los días 1, 2 y 3 de diciembre de 1997.

de ponerlo en su conocimiento. No obstante, a pesar del tenor literal del precepto nada impide que dichas denuncias se presenten también ante la policía. Por otro lado, el texto legal tampoco alude a la posibilidad de iniciar de oficio el expediente. En nuestra opinión, esta falta de previsión legal expresa no impide la incoación de oficio del expediente por el Ministerio Fiscal cuando tenga conocimiento de la comisión de un hecho delictivo por un menor de edad¹¹⁵.

La incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal deberá notificarse al Juez de Menores (art. 16.3), siendo este el momento procesal adecuado para proceder a la apertura de la pieza de responsabilidad civil (art. 16.4 en relación con el art. 64, regla 1ª). El parte de incoación deberá ser lo suficientemente descriptivo que permita identificar al menor, los hechos objeto del expediente, su calificación jurídica, así como a los perjudicados de conocerse su identidad¹¹⁶. También deberá notificar su incoación al menor (art. 22.2), y al perjudicado informándole de la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder (art. 22.3). Aunque la ley no diga nada, deberá informarle también de la posibilidad de personarse en el expediente en los términos previstos en el art. 25 LORPM, cuyo contenido examinaremos más adelante. La incoación del expediente determina el inicio de la fase de investigación que dirigirá “personalmente” el Ministerio Fiscal.

1.3. Objeto y contenido de la instrucción

El objeto de la actuación instructora del Ministerio Fiscal viene establecido en el art. 23 LORPM, y consiste tanto en valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta¹¹⁷, como en proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. Presenta, *prima facie*, un contenido más amplio que el previsto en el proceso penal de adultos (arts. 299 y 789.3

¹¹⁵ El art. 15.1, regla 1ª, según redacción dada por Ley Orgánica 4/1992, contemplaba expresamente que el acuerdo de incoación del expediente pudiera adoptarse por el Fiscal empleando la fórmula siguiente: “cuando tenga noticia del hecho por denuncia o por publicidad del mismo”. Por su parte, el art. 785 bis LECrim reconoce al Ministerio Fiscal la facultad de incoación de oficio. La Circular de la F.G.E. núm. 1/2000, de 18 de diciembre de 2000, reconoce también la posibilidad de que el Fiscal pueda incoar de oficio las actuaciones procesales.

¹¹⁶ Sería aconsejable remitir con el parte de incoación una copia de la denuncia o atestado.

¹¹⁷ Expresión está última que fue censurada por el C.G.P.J. en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, ob. cit., pág. 261, al estimar que no pudiese ser objeto de la actuación instructora “expresar al menor el reproche que merece su conducta”, puesto que esta finalidad es propia de la fase de enjuiciamiento y de las medidas a adoptar al término de ella, por parte del órgano jurisdiccional, tratándose de una expresión equívoca y poco apropiada, y acababa proponiendo su supresión.

LECrím), en atención precisamente al interés superior del menor como principio inspirador¹¹⁸. La ley no ha establecido finalmente un plazo máximo de duración de la fase de instrucción, como venía reclamando el Consejo General del Poder Judicial¹¹⁹.

La práctica de diligencias de investigación corresponde, como hemos visto, al Ministerio Fiscal. Su régimen jurídico se ajustará a las previsiones de la LECrím, especialmente a la normativa relativa al Procedimiento Abreviado (Disposición final primera). La F.G.E. establece en la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, que el Fiscal deberá acordar la práctica de aquellas diligencias instructoras que, no siendo reproducción de diligencias policiales o preliminares, resulten a su juicio de imprescindible verificación para esclarecer la participación del menor en el hecho presuntamente constitutivo de delito o falta y la medida o intervención educativa más adecuada en su caso. El Ministerio Fiscal, por imperativo constitucional, no puede practicar aquellas diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales (por ejemplo, entradas y registros domiciliarios, intervenciones telefónicas, inspecciones corporales...)¹²⁰. La práctica de dichas medidas restrictivas solo puede ser acordada por el Juez de Menores, previa petición del Ministerio Fiscal, quien deberá resolver por auto motivado ponderado la proporcionalidad de la medida (art. 23.3 LORPM).

El letrado del menor podrá solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias considere necesarias. El Ministerio Fiscal deberá decidir sobre su admisión mediante resolución motivada, que notificará al letrado y pondrá en conocimiento del Juez de

¹¹⁸ DOLZ LAGO, M.J. *La nueva responsabilidad penal...*, ob cit., pág. 146, nos dice que “la actuación instructora del Ministerio Fiscal no va dirigida tanto a acreditar el hecho y su autor, que va implícito, cuanto a valorar la participación del menor en los hechos con la finalidad de determinar qué reproche, a través de las medidas educativas o sancionadoras, merece, en función al interés del propio menor”.

¹¹⁹ En su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores, ob. cit., pág. 261, afirmaba que “el plazo durante el cual puede desarrollarse la instrucción de un expediente debe estar también previsto con carácter general, sin perjuicio de la posibilidad de su prórroga mediante resolución motivada, para no dejar abiertas indefinidamente unas actuaciones de las que pudieran derivarse responsabilidades sancionadoras”.

¹²⁰ El art. 15.1, regla 2ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, ya establecía que el Ministerio Fiscal debía solicitar del Juez de Menores la práctica “*de las diligencias que no pueda efectuar por sí mismo*”. Como tales la Instrucción de la F.G.E. núm. 1/1993, mencionaba: las entradas y registros domiciliarios, exámenes corporales o intervenciones corporales que comporten una injerencia en la intimidad, las intervenciones telefónicas. El art. 5 E.O.M.F., aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su apartado segundo, también establece que el Fiscal “para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos”.

Menores. Si el Fiscal desestima su admisión el letrado podrá reproducir su petición, en cualquier momento, ante el Juez de Menores (art. 26.1 LORPM). Si las diligencias solicitadas por el letrado afectaren a derechos fundamentales el Ministerio Fiscal, de estimarlas pertinentes, deberá dirigirse al Juez de Menores solicitando su práctica. Si el Ministerio Fiscal no las estimara pertinentes, el letrado podrá también reproducir su solicitud ante el Juez de Menores (art. 26.3 LORPM). Para POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA la posibilidad de reproducir la petición de práctica de diligencias ante el Juez de Menores puede entrar en contradicción con el modelo acusatorio que el legislador trata de implantar¹²¹ y cuestiona su imparcialidad objetiva como tuvimos ocasión de exponer con anterioridad.

La declaración del menor ante el Ministerio Fiscal durante la fase de instrucción resulta obligatoria, siempre que la proponga el letrado y no hubiere concluido el expediente y remitido al Juez de Menores (art. 26.2 LORPM). Aunque la ley guarda silencio, nada impide que la declaración del menor se realice a requerimiento del propio Ministerio Fiscal sin previa petición de su letrado. Estimamos incluso que la comparecencia del menor a presencia del Ministerio Fiscal resulta obligatoria por aplicación de lo dispuesto en el art. 789.4º LECrim, y será este el momento procesal adecuado para informarle, si no se ha hecho con anterioridad, de los derechos enumerados en el art. 22.1 LORPM.

En sede de instrucción se sitúa también el informe que, a requerimiento del Ministerio Fiscal, debe elaborar el Equipo Técnico acerca de la situación psicológica, educativa y familiar del menor, conforme a lo previsto en el art. 27 LORPM. El Ministerio Fiscal deberá remitir el informe una vez elaborado al Juez de Menores, y entregará una copia del mismo al letrado del menor.

En la nueva ley ha desaparecido la comparecencia que se desarrollaba ante el Juez de Menores, que la práctica había demostrado su inutilidad, y había suscitado las críticas de la doctrina¹²². Se censuraba la posibilidad de imponer en la comparecencia una medida de amonestación en los casos de acuerdo, sin previa apertura de audiencia y sin que la presencia del Letrado fuera obligatoria¹²³, al estimarse contraria al derecho a la presunción de inocencia¹²⁴. Si durante la instrucción se averigua que en realidad los hechos delictivos fue-

¹²¹ POLO RODRÍGUEZ, J.J., y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J., *La nueva Ley...*, ob. cit., pág. 37, nota 33, dichos autores se acaban preguntando, al final “quién es el que verdaderamente instruye, el Fiscal o el Juez”.

¹²² RAPOSO FERNÁNDEZ, J.M., “Estudio crítico..”, ob. cit., pág. 1607.

¹²³ Vid. art. 15.1, regla 7ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio.

¹²⁴ En esta línea crítica, PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores..”, ob. cit., pág. 268. DOLZ LAGO, M.J., “Algunos aspectos de la legislación penal de menores”, *La Ley*, núm. 4540, 14 de mayo de 1998, da cuenta de que la Fiscalía de Valencia propuso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, que fue aceptada por el Juez de Menores núm. 1 de Valencia.

ron cometidos cuando el sujeto era mayor de dieciocho años, el Fiscal deberá acordar la remisión de lo actuado al Juez de Instrucción legalmente competente (cfr. art. 21 LORPM).

1.4. Carácter contradictorio de la instrucción. El secreto del expediente

La nueva ley ha incorporado la contradicción en la fase de instrucción tratando de evitar, como sucedía con la regulación anterior, que el expediente pudiera tramitarse, en esta primera fase de investigación, sin la intervención del menor y de su letrado, situación que había sido denunciada por la doctrina por su carácter manifiestamente inquisitivo¹²⁵. El art. 22.2 LORPM obliga al Ministerio Fiscal a notificar el expediente al menor desde el momento mismo de la incoación. Desde este momento al menor se le garantiza la asistencia de letrado, y podrá intervenir en las diligencias que se practiquen proponiendo y solicitando también la práctica de diligencias (arts. 22.1 y 26 LORPM). Por su parte, el art. 23.2 LORPM establece que el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquél lo solicite.

No obstante, el procedimiento de designación de letrado arbitrado por el legislador no parece muy afortunado. Se prevé que sea el Secretario del Juzgado de Menores quien, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requiera al menor y a sus representantes legales para que designen letrado, advirtiéndoles que de no hacerlo se les nombrará de oficio (art. 22.2 LORPM). En primer lugar, llama la atención que los trámites de designación se atribuyan al Secretario y no al Ministerio Fiscal, órgano este último encargado de la instrucción del procedimiento, y que tiene la obligación de informar al menor de sus derechos, entre los que se encuentra el de designación de letrado (cfr. art. 22.1.b) LORPM). No parece que exista ningún obstáculo para que la designación de letrado de oficio se hubiera atribuido al Ministerio Fiscal, estando prevista dicha posibilidad en la propia LECrim¹²⁶. Por otro lado, el legislador olvida que con anterioridad a la incoación del expediente se han podido realizar determinadas actuaciones que precisan de la asisten-

¹²⁵ PANTOJA GARCÍA, F., MUÑOZ MARÍN, A., PARAMO y DE SANTIAGO, C., y DEL MORAL GARCÍA, A., “La Ley Reguladora...”, ob. cit., pág. 145. PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores..”, ob. cit., pág. 258. LORCA MARTÍNEZ, J., “Toma de postura sobre la Ley de Justicia Juvenil tras un breve examen histórico de la reforma de menores en España”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo VII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pág. 347, advertía que el papel de la defensa en el procedimiento de menores aparecía muy minimizado, existiendo un desequilibrio evidente entre la acusación y la defensa.

¹²⁶ El art. 788.1 LECrim declara que “Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado”. GISBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento..”, ob. cit., pág. 11, opina que los trámites para la designación de letrado se hubieran debido encomendar al Ministerio Fiscal, por razones de rapidez.

cia letrada, como sucede en los casos de detención (art. 17 LORPM). Hubiera sido más sencillo establecer que en estos casos el letrado que asistió al menor detenido continuara pres-tándole asistencia durante todo el procedimiento, salvo designación particular de un letrado distinto¹²⁷.

El carácter contradictorio de la instrucción quiebra en los supuestos de secreto del expediente. El nuevo texto legal admite que pueda acordarse el secreto, total o parcial, del expediente durante la fase de instrucción (art. 24 LORPM)¹²⁸. La facultad para declarar el secreto corresponde al Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, o incluso del propio menor o de su familia. La solicitud de secreto por el propio menor o su familia parece tener como finalidad el impedir al perjudicado el acceso y conocimiento del expediente¹²⁹. Aunque la ley no lo prevé expresamente, estimamos que nada impide que sea el letrado del menor quien lo solicite. El secreto podrá mantenerse durante toda la instrucción o acordarse únicamente durante un determinado período limitado de ésta¹³⁰. En todo caso, para respetar y garantizar la efectividad del derecho de defensa se establece que el letrado del menor deberá conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Por imperativo constitucional, la declaración de secreto debe realizarse mediante auto motivado. A efectos procedimentales el art. 24 LORPM ordena su tramitación por el Juzgado en pieza separada. En todo caso, la F.G.E. aconseja hacer un uso muy restringido del secreto al ser una medida potencialmente lesiva del derecho de defensa¹³¹.

1.5. Conclusión de la instrucción

Finalizada la instrucción el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente que deberá notificar al letrado del menor. La conclusión determina la remisión del expediente al Juez de Menores, junto con las piezas de convicción y demás efectos que puedan existir. Además el Ministerio Fiscal deberá acompañar el oportuno escrito de alegaciones. El contenido de este escrito viene establecido en el art. 30 LORPM. En él deberá constar la descripción de los hechos, su valoración jurídica, el grado de participación del menor, con una breve reseña de sus circunstancias personales y sociales, y la proposición de alguna medi-

¹²⁷ En este sentido se pronuncia DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal...*, ob. cit., págs. 51-52.

¹²⁸ Previsión similar a la contenida en el art. 302 LECrim.

¹²⁹ VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *La Ley Orgánica...*, ob. cit., pág. 122.

¹³⁰ Por aplicación supletoria del art. 302 LECrim la duración temporal no debería superar el mes, sin perjuicio de acordar su prórroga, conforme a la doctrina establecida en la STC 176/1988, de 4 de octubre.

¹³¹ Vid. Circular F.G.E. núm. 1/2000, de 18 de diciembre.

da de las previstas legalmente¹³². Dicha proposición debe ser motivada, pues se exige que conste en el escrito de alegaciones una exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que aconsejen la adopción de la medida propuesta. A diferencia de los escritos de acusación o calificación provisional, la petición de medida será siempre motivada, exponiendo los fundamentos jurídicos (reglas de elección de medidas) y educativos (plasmados en el informe elaborado por el Equipo Técnico) que le sirvan de apoyo. En el mismo escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal deberá proponer la prueba de la que intente valerse para su práctica en la audiencia.

Aunque nada se diga en la ley, en dichos escritos de alegaciones debe formularse expresamente la petición de apertura de audiencia¹³³, al igual que sucede en los escritos de acusación del Procedimiento Abreviado¹³⁴. Ahora bien, no necesariamente el Ministerio Fiscal debe, una vez concluida la instrucción, formular escrito de alegaciones, pues podrá pedir también el sobreseimiento del expediente por alguno de los motivos previstos en la LECrim (art. 30.4 LORPM)¹³⁵. Además de estos motivos podrá solicitar también el sobreseimiento en los casos de conciliación y reparación o a propuesta del Equipo Técnico en el supuesto previsto en el mencionado art. 27.4 LORPM.

1.4. Carácter contradictorio de la instrucción. El secreto del expediente

La nueva ley ha incorporado la contradicción en la fase de instrucción tratando de evitar, como sucedía con la regulación anterior, que el expediente pudiera tramitarse, en esta primera fase de investigación, sin la intervención del menor y de su letrado, situación que había sido denunciada por la doctrina por su carácter manifiestamente inquisitivo¹³⁶. El art. 22.2 LORPM obliga al Ministerio Fiscal a notificar el expediente al menor desde el momento mismo de la incoación. Desde este momento al menor se le garantiza la asisten-

¹³² Su estructura es muy similar a los escritos de calificación regulados en el art. 650 y 790.5 LECrim.

¹³³ En este sentido, DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal...*, ob. cit., págs. 162 y ss. El art. 15.1, regla 8ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, disponía expresamente que en el escrito de alegaciones debía solicitarse la apertura de la audiencia.

¹³⁴ Vid. art. 790.5, párrafo primero, LECrim.

¹³⁵ Vid. arts. 637 y 641 LECrim

¹³⁶ PANTOJA GARCÍA, F., MUÑOZ MARÍN, A., PARAMO y DE SANTIAGO, C., y DEL MORAL GARCÍA, A., “La Ley Reguladora...”, ob. cit., pág. 145. PANTOJA GARCÍA, F., “Particularidades en el caso de menores...”, ob. cit., pág. 258. LORCA MARTÍNEZ, J., “Toma de postura sobre la Ley de Justicia Juvenil tras un breve examen histórico de la reforma de menores en España”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, Tomo VII, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, pág. 347, advertía que el papel de la defensa en el procedimiento de menores aparecía muy minimizado, existiendo un desequilibrio evidente entre la acusación y la defensa.

cia de letrado, y podrá intervenir en las diligencias que se practiquen proponiendo y solicitando también la práctica de diligencias (arts. 22.1 y 26 LORPM). Por su parte, el art. 23.2 LORPM establece que el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquél lo solicite.

No obstante, el procedimiento de designación de letrado arbitrado por el legislador no parece muy afortunado. Se prevé que sea el Secretario del Juzgado de Menores quien, una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, requiera al menor y a sus representantes legales para que designen letrado, advirtiéndoles que de no hacerlo se les nombrará de oficio (art. 22.2 LORPM). En primer lugar, llama la atención que los trámites de designación se atribuyan al Secretario y no al Ministerio Fiscal, órgano este último encargado de la instrucción del procedimiento, y que tiene la obligación de informar al menor de sus derechos, entre los que se encuentra el de designación de letrado (cfr art. 22.1.b) LORPM). No parece que exista ningún obstáculo para que la designación de letrado de oficio se hubiera atribuido al Ministerio Fiscal, estando prevista dicha posibilidad en la propia LECrim¹³⁷. Por otro lado, el legislador olvida que con anterioridad a la incoación del expediente se han podido realizar determinadas actuaciones que precisan de la asistencia letrada, como sucede en los casos de detención (art. 17 LORPM). Hubiera sido más sencillo establecer que en estos casos el letrado que asistió al menor detenido continuara pres-tándole asistencia durante todo el procedimiento, salvo designación particular de un letrado distinto¹³⁸.

El carácter contradictorio de la instrucción quiebra en los supuestos de secreto del expediente. El nuevo texto legal admite que pueda acordarse el secreto, total o parcial, del expediente durante la fase de instrucción (art. 24 LORPM)¹³⁹. La facultad para declarar el secreto corresponde al Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, o incluso del propio menor o de su familia. La solicitud de secreto por el propio menor o su familia parece tener como finalidad el impedir al perjudicado el acceso y conocimiento del expediente¹⁴⁰. Aunque la ley no lo prevé expresamente, estimamos que nada impide que sea el letrado del menor quien lo solicite. El secreto podrá mantenerse durante toda la instrucción o acordar-

¹³⁷ El art. 788.1 LECrim declara que “Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado”. GISBERT JORDÁ, T., “Análisis del procedimiento..”, ob cit., pág. 11, opina que los trámites para la designación de letrado se hubieran debido encomendar al Ministerio Fiscal, por razones de rapidez.

¹³⁸ En este sentido se pronuncia DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal...*, ob. cit., págs. 51-52.

¹³⁹ Previsión similar a la contenida en el art. 302 LECrim.

¹⁴⁰ VENTURA FACI, R., y PÉLAEZ PÉREZ, V., *La Ley Orgánica...*, ob. cit. , pág. 122.

se únicamente durante un determinado período limitado de ésta¹⁴¹. En todo caso, para respetar y garantizar la efectividad del derecho de defensa se establece que el letrado del menor deberá conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Por imperativo constitucional, la declaración de secreto debe realizarse mediante auto motivado. A efectos procedimentales el art. 24 LORPM ordena su tramitación por el Juzgado en pieza separada. En todo caso, la F.G.E. aconseja hacer un uso muy restringido del secreto al ser una medida potencialmente lesiva del derecho de defensa¹⁴².

1.5. Conclusión de la instrucción

Finalizada la instrucción el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente que deberá notificar al letrado del menor. La conclusión determina la remisión del expediente al Juez de Menores, junto con las piezas de convicción y demás efectos que puedan existir. Además el Ministerio Fiscal deberá acompañar el oportuno escrito de alegaciones. El contenido de este escrito viene establecido en el art. 30 LORPM. En él deberá constar la descripción de los hechos, su valoración jurídica, el grado de participación del menor, con una breve reseña de sus circunstancias personales y sociales, y la proposición de alguna medida de las previstas legalmente¹⁴³. Dicha proposición debe ser motivada, pues se exige que conste en el escrito de alegaciones una exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que aconsejen la adopción de la medida propuesta. A diferencia de los escritos de acusación o calificación provisional, la petición de medida será siempre motivada, exponiendo los fundamentos jurídicos (reglas de elección de medidas) y educativos (plasmados en el informe elaborado por el Equipo Técnico) que le sirvan de apoyo. En el mismo escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal deberá proponer la prueba de la que intente valerse para su práctica en la audiencia.

Aunque nada se diga en la ley, en dichos escritos de alegaciones debe formularse expresamente la petición de apertura de audiencia¹⁴⁴, al igual que sucede en los escritos de acusación del Procedimiento Abreviado¹⁴⁵. Ahora bien, no necesariamente el Ministerio Fiscal

¹⁴¹ Por aplicación supletoria del art. 302 LECrim la duración temporal no debería superar el mes, sin perjuicio de acordar su prórroga, conforme a la doctrina establecida en la STC 176/1988, de 4 de octubre.

¹⁴² Vid. Circular F.G.E. núm. 1/2000, de 18 de diciembre.

¹⁴³ Su estructura es muy similar a los escritos de calificación regulados en el art. 650 y 790.5 LECrim.

¹⁴⁴ En este sentido, DOLZ LAGO, M.J., *La nueva responsabilidad penal...*, ob. cit., págs. 162 y ss. El art. 15.1, regla 8ª, según redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, disponía expresamente que en el escrito de alegaciones debía solicitarse la apertura de la audiencia.

¹⁴⁵ Vid. art. 790.5, párrafo primero, LECrim.

debe, una vez concluida la instrucción, formular escrito de alegaciones, pues podrá pedir también el sobreseimiento del expediente por alguno de los motivos previstos en la LECrim (art. 30.4 LORPM)¹⁴⁶. Además de estos motivos podrá solicitar también el sobreseimiento en los casos de conciliación y reparación o a propuesta del Equipo Técnico en el supuesto previsto en el mencionado art. 27.4 LORPM.

¹⁴⁶ Vid. arts. 637 y 641 LECrim