

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

**Líneas generales de actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento
de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio**

Instrucción núm. 1/93, de 16 de marzo

SUMARIO: A) INTRODUCCION Y PRINCIPIOS INSPIRADORES. B) ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL ANTES DE LA INICIACION DEL EXPEDIENTE: VALORACION DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y DECISIONES A ADOPTAR.—1. Las infracciones hábiles para iniciar expedientes.—2. Interpretación y análisis de la regla 1.^a del artículo 15. a) Imposibilidad de incoar diligencias previas. b) Iniciación del expediente, diligencias informativas y archivo. c) Notificación del acuerdo de archivar las actuaciones. d) Legitimación para dictar el auto ejecutivo derivado del archivo de las actuaciones, previsto en la legislación sobre uso y circulación de vehículos de motor. e) Modificación del acuerdo de archivo.—3. La alternativa archivo-apertura de expediente con o sin imposición de medidas, ante la concurrencia de causas de extinción de la responsabilidad, de inculpabilidad o de exclusión de la pena. C) APERTURA Y DESARROLLO DE EXPEDIENTE HASTA SU CONCLUSION.—1. Trámites y actuaciones inmediatas a la apertura. a) ¿Expedientes por menor o expedientes por hecho? b) Participación al Juzgado de Menores de la incoación del expediente. c) Partes procesales. d) Las medidas cautelares. a') Cuestiones generales. b') Detención e internamiento provisional en un Centro cerrado. e) Informe del Equipo Técnico.—2. La investigación atribuida al Ministerio Fiscal: extensión y límites.—3. Apertura de la fase de comparecencia del menor. a) Archivo o conclusión de las actuaciones sin comparecencia y sin adopción de medidas. b) La comparecencia del menor ante el Juez: contenido y formas de terminación del expediente. c) Conclusión del expediente y escrito de alegaciones del M.F.: peticiones que puede comprender. d) La audiencia: trámites previstos y celebración. e) La resolución del Juez y medidas a adoptar. f) La suspensión del fallo. g) Ejecución y revisión de las medidas. h) Los recursos en la Ley orgánica 4/1992. i) Régimen transitorio en los órdenes sustantivo y procesal.

A. INTRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS INSPIRADORES:

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

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

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

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

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

La fijación de la edad de 16 años que efectuara el Código Penal de 1928, ha pervivido hasta nuestros días, no añadiendo los Códigos que siguieron a aquél ninguna novedad mencionable, como no sea la imposición que el art. 8.2 párrafo 3 del Código de 1932 hacía al órgano

decisorio cuando le exigía tener «siempre en cuenta las condiciones subjetivas del agente y no el alcance jurídico del acto cometido».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desde tal punto de vista, también habrá de ser resuelta la duda acerca de si tales medidas pueden ser aplicadas de forma simultánea, o si pueden ser sustituidas a lo largo del proceso de ejecución. Todo aquello que, debidamente respaldado por los informes técnicos, pueda contribuir a un mejor logro del fin motivador perseguido, ha de ser reputado como aceptable por el Ministerio Fiscal. Se trataría, en definitiva, de incorporar al proceso interpretativo la sugerencia del Tribunal Constitucional cuando justificó la necesidad de «admitir en este ámbito una flexibilidad mayor que en el penal de manera que se deje más espacio a la discrecionalidad judicial para ponderarlas circunstancias personales y sociales del menor» (sent. TC 36/1991). La misma discrecionalidad es alentada por las Reglas mínimas de las Naciones Unidas —reglas de Beijing— que, en su apartado 6.1, propugna «un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales» y ello «habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores».

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

Repárese, además, que la simple mención del Código Penal produce el efecto de expandir en el sistema normativo aplicable al menor las garantías derivadas del principio de tipicidad como manifestación genuina del principio de legalidad. Los perfiles del injusto típico que pueda cometer el menor sólo pueden ser indagados a la vista de la tipicidad proclamada por el propio Código Penal. De ahí que no sea posible buscar peculiaridades típicas en la ofensa desencadenada por la conducta del menor. El principio de legalidad, de indiscutible proyección en el sistema jurídico llamado a enjuiciar a aquél, no debe conocer matices cuando de lo que se trata es de concretar el hecho injusto protagonizado por el menor. Se aparta aquí el nuevo texto del criterio previgente en el que el hecho que podía provocar la intervención de la justicia de menores podía estar integrado, no ya por delitos y faltas calificados como tales por el Código Penal, sino por infracciones «consignadas en las leyes provinciales y municipales» e incluso conductas no tipificadas penalmente (cfr. art. 9.1, b y c de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948).

La llamada aplicación supletoria que la misma Disposición Adicional hace, respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reaviva el interrogante acerca de si el sistema de enjuiciamiento diseñado por la LO 4/1992 responde a la naturaleza de un verdadero proceso con todas las inferencias que ello implica. La promulgación de la Ley Orgánica

6/1985, de 6 de julio, del Poder Judicial, concibió un órgano genuinamente jurisdiccional para el examen de los hechos injustos realizados por menores (art. 26). Tal idea, unida al análisis de los textos internacionales que proclaman los derechos de la infancia, permiten concebir el proceso del menor como un verdadero proceso, con variantes y especialidades, pero rodeable, eso sí, del círculo de garantías aplicables a todo sujeto del injusto que es llamado a enjuiciamiento por un órgano jurisdiccional. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su sentencia 36/91, de 14 de febrero —véanse también la sentencia 71/1990 y los autos 473/87 y 952/88— y de manera inequívoca se decanta el propio legislador que a la hora de buscar la rúbrica adecuada al nuevo texto, no dudó en emplear términos tan genuinamente procesales como los de «competencia y procedimiento». Con idéntica explicitud, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), en su apartado 7, imponen a los Estados firmantes el compromiso de que «en todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas...», haciendo lo propio el apartado III. 8 de la Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

La conclusión a la que se llega en torno a la naturaleza procesal del cauce dispuesto por la LO 4/1992 no legitima, sin embargo, una actitud interpretativa de los Sres. Fiscales que condujera a un rígido automatismo en lo que pudiera reputarse el sometimiento procesal del menor por todo hecho injusto. Los textos internacionales reiteran de manera insistente algo que no puede ser olvidado. Y es que el proceso, por más exigencias garantistas que lo acompañen, no deja de ser un mal para quien puede llegar a carecer, en ocasiones, de la capacidad precisa para captar su genuina dimensión.

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

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

Como es fácilmente deducible, el tope de edad fijado por el art. 9.2 del Código Penal representa una frontera que no admite excepción. Como en otras ocasiones acontece —no sólo en el ámbito del derecho penal— ello encierra un inevitable grado de convencionalismo que, sin embargo, se ve recompensado por su aportación a la realización de la seguridad jurídica como valor constitucional.

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

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

cométicos, durante la minoría de edad penal, por quien ya supera los dieciséis años.

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

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

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

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

B) ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ANTES DE LA INICIACIÓN DEL EXPEDIENTE: VALORACIÓN DE LOS HECHOS DENUNCIADOS Y DECISIONES A ADOPTAR.

1. Las infracciones hábiles para iniciar expedientes

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

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

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

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

Así, *la gravedad del hecho* es circunstancia que condiciona la adopción de la medida cautelar de internamiento (artículo 15.5, párrafo segundo). Y la *poca gravedad de los hechos*, es uno de los datos a que deberá atender el M.F. para proponer la conclusión de las actuaciones (artículo 15.6, párrafo segundo).

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

2. Interpretación y análisis de la regla 1.^a del artículo 15

a) *Imposibilidad de incoar diligencias previas*

Según se desprende del texto de la Ley el Ministerio Fiscal no siempre está obligado a iniciar expediente ante una denuncia, sino que «acordará, *en su caso*, la incoación del oportuno expediente» (artículo 15.1.^o). El inciso «en su caso», sólo se entiende pensando que habrá ocasiones en que el M.F. pueda, por diversos motivos, no incoar expedientes. Y un teórico soporte procesal de esa opción serían las diligencias previas a la incoación, o diligencias relativas a menores, semejantes a las tradicionales diligencias indeterminadas de la *praxis* judicial. La apoyatura legal no sólo no es consistente sino que no existe. Mas pese a ello, en la nueva práctica están introduciéndose. En favor de su tramitación se ha sostenido lo siguiente:

Si se incoasen expedientes en todos los casos siempre sería necesario un exámen del menor por parte del Equipo Técnico (artículo 15,4), aún en los supuestos en que desde el principio se apreciara que la nimia entidad de los hechos no aconsejara la intervención de la jurisdicción de menores, debiendo agregarse que aquel informe, en buena medida, su-

pone una injerencia en la intimidad del menor y su familia, desproporcionada ante hechos de poca entidad:

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

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

b) *Iniciación del expediente, diligencias informativas y archivo*

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

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

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

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

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

c) *Notificación del acuerdo de archivar las denuncias*

Hay acto procesal en la resolución de conclusión por archivo impositiva, del expediente, por lo que los interesados (denunciante, eventuales perjudicados) deben ser destinatarios de un acto de comunicación: la notificación del acuerdo de archivo. Esta notificación es obligada tanto en el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en el 5.^o del Estatuto, para los casos en que el M.F. entienda que los hechos denunciados no constituyen delito haya o no practicado diligencias de

investigación. Aunque sobre este punto la Ley Orgánica 4/1992 guarda silencio no debe olvidarse que para el procedimiento que instaura son supletorias las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional segunda). El contenido del acto se reducirá a expresar la decisión adoptada, con la eventual advertencia del derecho que asiste al denunciante o perjudicados de ejercitar las acciones civiles nacidas del hecho en ese orden jurisdiccional. Además en cuanto resolución que pone fin a un procedimiento es obligado notificarlo a las personas que puedan verse afectadas en armonía con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

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

Pero las denuncias de tal naturaleza han podido llegar directamente a Fiscalía, sin pasar por el Juzgado de Instrucción. ¿Quién está legitimado en este supuesto para dictar el auto ejecutivo? El M.F., desde luego, no. Por razones conceptuales, tampoco el Juez de Menores. Excluidos el M.F. y el J de M. quedan aún dos opciones. Una es entender que no debe dictarse título ejecutivo, lo que no se armoniza con el artículo 10 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 en el que el auto procede siempre que se archiva provisional o definitivamente un procedimiento de orden penal incoado por hechos cubiertos por el seguro obligatorio de responsabilidad civil. La otra solución es remitir testimonio (por el M.F. o por el J de M según el momento en que se acuerde) al Juez de Instrucción para que proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 10, bien porque en la imprudencia automovilística cometida por menores de edad aparezca cierta negligencia por parte de los padres o guardadores, o bien para que los Jueces de Instrucción se pronuncien sobre esa posible responsabilidad por imprudencia de las personas mayores de edad penal y en su caso actúen en armonía con el artículo 10.

e) *Modificación del acuerdo de archivo*

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

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

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

ber transcurrido esos plazos no será procedente desde el punto de vista educativo la adopción de medidas y, a la inversa, habrá otros en que más allá de los plazos legales sea aconsejable adoptar alguna medida.

Lo que precede es impecable en un plano técnico jurídico pero no se compadece del todo con la filosofía que implícitamente parece presidir la Ley, dada la remisión que como derecho supletorio hace aquélla al sistema de garantías del Código Penal (disposición adicional segunda). En consecuencia, serán de aplicación las normas penales comunes sobre excusas absolutorias, causas de inculpabilidad o prescripción.

C) APERTURA Y DESARROLLO DEL EXPEDIENTE HASTA SU CONCLUSIÓN

1. Trámites y actuaciones inmediatas a la apertura

a) *¿Expedientes por menor o expedientes por hecho?*

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

En la práctica de muchos Juzgados de Menores se sigue este sistema, atenuado por mecanismos que se consideran válidos al armonizar las ventajas de uno y otro. En efecto, continúa incoándose un expediente por menor, y los nuevos hechos que cometa el menor se acumulan al expediente previo. Expediente por hecho pero habrá acumulación ante

nuevas conductas delictivas del mismo menor, formando un expediente personal. Es preferible la acumulación para la finalidad educativa, para el enfoque global de la conducta y para mejor valorar la respuesta a los hechos. En la práctica puede plantear problemas, en relación con menores que cometen constantemente infracciones típicas, el momento final de la acumulación. De una parte, podría decirse que antes de acudir a la continuada o permanente acumulación de hechos, es mejor pedir el archivo al presentarse la medida como ineficaz; pero no puede dejarse de considerar que toda medida tiene finalidad educativa y que buena parte de los hechos llevan aparejada responsabilidad civil. De ahí el que haya de partirse de la apertura por la totalidad y de que el momento procesal último para la acumulación debe situarse inmediatamente antes de la audiencia. En estos casos contamos con otra cuestión, la del límite de ejecución de las medidas impuestas, para lo que podrían aplicarse por analogía los artículos 70 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si son varios los menores implicados y todos o más de uno cuentan con esos antecedentes previos, el expediente más antiguo atrae el conocimiento de los hechos, sin perjuicio de que una vez recaída resolución deba remitirse testimonio de ella para constancia en expedientes que puedan seguirse en otros Juzgados a alguno de esos menores. De igual modo, sería conveniente que junto a la resolución se enviasen los informes sobre el menor que hayan podido elaborarse con motivo de los nuevos hechos, así como que de la ejecución de las medidas duraderas se encargará el Juez que conozca del expediente principal.

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

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

c) *Partes procesales*

Está expresamente excluida la intervención de actores en el proceso distintos del Fiscal, «En este procedimiento no cabrá el ejercicio de ac-

ciones por particulares», dice el último inciso de la regla 2.^a del art. 15. En consecuencia, las partes son el Fiscal y el menor y sólo ellos tienen capacidad para realizar actos procesales y legitimación para recurrir.

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

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

d) *Las medidas cautelares*

a') Cuestiones generales

El párrafo primero de la regla 56.^a del artículo 15 expone que «el Fiscal podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la protección y custodia del menor. El Juez acordará las medidas que estime necesarias tomando en consideración el interés del menor».

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

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

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

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

b') Detención e internamiento provisional en un Centro cerrado

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

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

La solicitud de internamiento provisional habrá de ir acompañada de una copia de las actuaciones, a fin de que el Juez pueda valorar con

precisión las circunstancias en que se funda la petición. El internamiento suscita cuestiones que al no estar resueltas directamente en la Ley es necesario aclarar.

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

Para fijar la duración del internamiento provisional ha de seguirse un criterio restrictivo, que por su carácter excepcional se situará en 72 horas; y si no hay diligencias que practicar ni siquiera debe consumirse ese plazo de tiempo, a lo que obliga tanto el artículo 520.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como el artículo 17.2 de la Constitución Española.

- Conforme al precepto en análisis la medida puede ser ratificada o modificada antes del transcurso de un mes desde que fue acordada. Entendemos que el término modificación de la medida, equivale a extinción de la medida; es alzar el internamiento provisional acordando la puesta en libertad total, porque aunque se utilice la palabra modificar lo es en oposición a ratificar. Modificar no debe interpretarse como sustituir el internamiento en

Centro cerrado por otros internamientos (en Centros abiertos o semiabiertos), pues en tal caso no habría modificación de la medida sino sustitución.

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

Ya hemos dicho que a falta de ratificación el internamiento no puede prolongarse más de un mes. Mas obtener una resolución antes de que concluya ese plazo es realmente muy difícil, porque sumando el tiempo que los trámites legales queda superado (diez días al menor para la realización del informe del equipo técnico; siete días para la celebración de la comparecencia; cinco días para el traslado del Abogado defensor; cinco días para decidir sobre la pertinencia de las pruebas y quince días para señalar la audiencia). De ahí el que en muchas ocasiones, si se entiende que debe prolongarse el internamiento hasta la audiencia, habrá que solicitar que se dicte nueva resolución prorrogando el internamiento hasta el momento de la audiencia.

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

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

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

e) *Informes del Equipo Técnico*

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

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

- ¿Cuándo debe solicitarse el informe por el M.F.? La regla 4.^a del artículo 15 dice que «desde el momento en que pueda resultar la imputación al menor de un hecho incluido en el número 1.º del artículo 9, el Fiscal requerirá del equipo técnico la elaboración de un informe». Por tanto, la solicitud de informe no es anterior a la incoación, sino coetánea o inmediatamente posterior al acto procesal de apertura del expediente; lo que se confirma, además, porque el destino inmediato del informe elaborado, es el Juzgado de Menores a quien lo remitirá el Fiscal (párrafo primero de la regla 6.^a), órgano que sólo tiene noticias del hecho tras la apertura del expediente, merced al parte de incoación enviado. Conforme a la Ley no existen informes previos a la iniciación de los expedientes.

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

- Pero ¿es preceptivo siempre el informe del Equipo Técnico que asiste al Juzgado de Menores? Su imperatividad se desprende

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

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

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

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

- Respecto de la forma del informe, entendemos que de *lege data* ha de emitirse siempre por escrito porque al M.F. «deberá serle entregado» (regla 4.^a) quien «lo remitirá ... al Juez» (regla 6.^a); y a la comparecencia se convocarán las personas que «a la vista del informe» se considere oportuno (regla 6.^a). Ello no impide que, en casos de urgencia, se adelante verbalmente y luego se documente por escrito.

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

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

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

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

- Practicar sólo aquellas diligencias que sean absolutamente imprescindibles para decidir sobre la procedencia o no de solicitar medidas. En consecuencia, no se reiterarán las diligencias que consten en las actuaciones que hayan dado lugar a la incoación del expediente; su práctica se dejará para el momento de la audiencia (a título de ejemplo, la declaración de los perjudicados u ofendidos que hayan declarado en el atestado policial; las declaraciones de los miembros de la Policía que intervinieron en la detención).
- Salvo casos singulares, la declaración del menor se dejará para el momento de la comparecencia inicial ante el Juez de Menores. La excepcionalidad puede derivar de la conveniencia de una previa declaración en Fiscalía o de que el menor haya sido

puesto a disposición del M.F. como detenido. De este modo no solo se soslaya la casi imposibilidad de recibir declaraciones en la Fiscalía —buen número de ellas no cuentan con instalaciones adecuadas— sino que además se agiliza el procedimiento, evitando reiteradas citaciones y comparecencias del menor, muchas veces inútiles. Esta interpretación contribuye a simplificar el procedimiento y al cumplimiento del plazo previsto para la instrucción. Piénsese que de seguir estrictamente los términos de la Ley sobre las comparecencias y declaraciones del menor, ello se produciría en la mayoría de las ocasiones no menos de seis veces (declaraciones ante la Policía y ante el M.F.; examen por el Equipo Técnico; comparecencia ante el Juez de Menores, trámite de requerimiento para designación de Abogado y traslado del escrito de alegaciones del M.F., y audiencia) y, en algunos supuestos, más veces aún (notificación de la resolución, y en su caso, notificación de la medida de amonestación). La complejidad no solo es desproporcionada sino que reportará inconvenientes para el menor el pasar tantas veces por un Juzgado.

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

testimonio de las actuaciones que se hayan llevado a cabo en el procedimiento penal iniciado en los Juzgados de Instrucción.

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

- Para solicitar el internamiento provisional (así lo establece expresamente además la regla 5.^a del artículo 15) o cualquier otra medida cautelar.
- Para solicitar una entrada y registro domiciliario (siempre que no medie consentimiento del interesado).
- Para efectuar exámenes personales o intervenciones corporales que comporten una injerencia en la intimidad (artículo 18 de la C.E.), siempre que no conste el debido consentimiento.
- Para la intervención de comunicaciones.

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

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

3. Apertura de la fase de comparecencia del menor.

En cuanto se haya recibido en Fiscalía el informe del Equipo Técnico «el Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores» (regla 6.^a párrafo primero), y como los hechos estarán ya virtualmente esclareci-

dos, aunque la Ley no lo diga, acompañará al mismo copia de las actuaciones (salvo que estén ya a disposición del Juez por tratarse de un menor internado o por otras circunstancias).

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

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

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

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

«No haberse empleado violencia o intimidación», es una de esas causas. En interpretación gramatical significaría que sólo los tipos delictivos que incluyan en su estructura la violencia o la intimidación darían lugar a la continuación del procedimiento y la eventual imposición de medidas. No los demás. Solución que no debe ser acogida. Si la violencia o la intimidación cualifican punitivamente los delitos contra el patrimonio, deben valorarse esos términos en el sentido de que los demás delitos contra la propiedad son los abarcados objetivamente por el archivo, pero no que los hechos generados por la violencia o intimidación sean los únicos excluidos del archivo. *A sensu contrario* de la norma, en los que se haya empleado violencia o intimidación, no procederá nunca al archivo (delitos más graves contra la Libertad sexual, robos intimidatorios o violentos, atentados contra la vida e integridad corporal, contra la libertad y seguridad). Es de observar, por otro lado, que la concurrencia de las causas legales no determinan *ex re* o automáticamente el archivo, porque se trata de una norma discrecional («el Juez a propuesta del Fiscal *podrá...*»).

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

Hay otra circunstancia que es de muy difícil existencia jurídica: «que el menor haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado a la víctima». Los menores emancipados, cualidad que no puede concurrir en los sujetos de este proceso porque aquellos han de tener 16 años cumplidos, son los únicos con capacidad para obligarse en general,

pero el consentimiento que puedan emitir los demás menores se reputa jurídicamente inexistente, por lo que el compromiso por el menor de asumir la obligación de reparar el daño patrimonial causado a la víctima, no debe ser causa por sí sola de archivo; a no ser que en aquel acto estuviera legalmente representado —supuesto que aquí la Ley no preve— y sean los representantes quienes garanticen la reparación del daño. Puede pensarse también en una reparación de naturaleza extrapatrimonial, especie de conciliación, mediación o arrepentimiento, en que el menor sin necesidad de asistencia representativa podría comprometerse.

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

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

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

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

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

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

De no haberse decidido por el archivo, o, como dice la regla 6.^a en su párrafo tercero, «en otro caso, el Juez de Menores señalará fecha y

hora para una comparecencia, que se celebrará dentro de los siete días siguientes».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

vistan especial trascendencia y siempre que en su comisión no se hubiesen empleado grave violencia o intimidación.

Dos observaciones sobre esta forma de concluir los expedientes.

Una de las causas de conclusión del expediente sin comparecencia es no haber empleado «violencia o intimidación» (párrafo segundo, regla 6.^a). Es causa de conclusión tras la comparecencia el no haberse empleado «grave violencia o intimidación». Si el archivo anterior a la comparecencia se condiciona a la inexistencia de violencia o intimidación, el archivo posterior a la comparecencia es compatible con la violencia o intimidación, pues el único límite es que no sean graves, lo que presupone que muchos hechos violentos solo llevarán aparejadas medidas formativas y educativas extrañas a los Juzgados de Menores. Mas no siempre será fácil fundamentar esta petición: si en los hechos violentos la gravedad es predecible muy aproximadamente por el resultado exterior, en los hechos integrados por la intimidación, la línea divisoria de la gravedad no gravedad es más sutil.

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

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

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

Es posible que con la terminación de la comparecencia no termine el expediente. Esto acontecerá cuando el M.F. entienda que los hechos o

las circunstancias del menor no estuvieren suficientemente esclarecidas, en cuyo caso propondrá la continuación del expediente (regla 7.^a párrafo segundo). Concluido definitivamente éste, el M.F. lo elevará al Juzgado de Menores (regla 8.^a inciso primero) en un plazo no superior a cinco días, y de no hacerlo en este plazo, el Fiscal deberá dar cuenta al Juez de las causas que se lo impidan.

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

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

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

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

En principio, debe seguirse esta segunda fórmula. Por ello, cuando el MF reciba citación para una comparecencia, redactará el escrito de alegaciones y lo llevará a aquel acto —sin perjuicio de las eventuales

modificaciones— a fin de poder elevar el expediente al Juzgado con las alegaciones una vez finalizada la comparecencia. Todo esto no es obstáculo para que en determinados casos por estimarse necesario, se demore el trámite de alegaciones en los términos previstos en la Ley.

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

El escrito de alegaciones puede contener cualesquiera de estas solicitudes:

- *Apertura de la audiencia.* En este caso el Fiscal en el escrito de alegaciones formulará la calificación jurídica de los hechos imputados al menor. La solicitud de práctica de pruebas en la audiencia y la adopción de las medidas que procedan (regla 10.^a). Nada más específica la Ley. Pero si la L.E.Cr. es supletoria para lo no previsto de modo expreso (disposición adicional segunda), a la calificación jurídica deberá preceder un breve relato de hechos al modo de los que contienen los escritos de conclusiones provisionales; y a diferencia de lo que sucede en éstos, en los de alegaciones pueden incluirse razonamientos justificando la calificación o la procedencia de la medida o medidas solicitadas. El Ministerio Fiscal al tiempo de solicitar el tipo de medidas a adoptar y su extensión, tendrá en cuenta las circunstancias, los antecedentes, así como la situación concreta, el interés del menor y su personalidad, de modo que no es obligada la unidad de actuación con la consecuencia de pedir siempre las mismas y en el mismo *quantum* por hechos de la misma entidad. Para la selección de las medidas, como criterio simplemente orientativo servirá lo informado por el Equipo Técnico, pero como al Ministerio Fiscal no le vincula puede separarse de una medida determinada aún cuando la propuesta se halle justificada; así, si los componentes del Equipo Técnico ante un hecho dado hacen un pronóstico negativo y en virtud de ese diagnóstico consideran aconsejable el internamiento, el M.F. valorando el equilibrio de situaciones jurídicas puede pedir la libertad vigilada o la medida que estime más adecuada, teniendo en cuenta que es posible aplicar cualquier medida e incluso la infraestructura y los medios para su ejecución con que cuentan las respectivas Comunidades Autónomas.
- *Adopción de la medida de amonestación.* Si el Fiscal solicitara la medida de amonestación, el Juez de Menores, sin necesidad de abrir la audiencia y oído el menor, dictará el acuerdo que proceda (regla 9.^a). Se puede imponer, pues, sin apertura de audiencia, sin calificación jurídica y sin práctica de pruebas. Por

supuesto esta regla estará prevista para el caso de que sea la única medida solicitada por el M.F., no en los demás. Y se tendrá en cuenta la personalidad del menor y la proporcionalidad instándola sólo cuando se trata de hechos menos graves. Como medida única presenta análogas dificultades a la medida, también de amonestación, a adoptar concluida la comparecencia (regla 7.^a, párrafo primero). Las dificultades están atenuadas porque en este momento el expediente obra en poder del Juez y porque el Juez ante la petición del M.F. dictará el acuerdo que proceda. Aún así ¿es posible adoptarla si el menor ha negado los hechos y no existe respaldo probatorio practicado con las debidas garantías para fundamentar la imputación? Dadas estas circunstancias lo normal es que el M.F., dotado de un gran sentido jurídico e intérprete muy cualificado de las normas, no pida en sus alegaciones la amonestación como medida única sino conjuntamente con otras, lo que conlleva la apertura de la audiencia y la práctica de pruebas. En otro caso, esto es cuando el M.F. entienda que debe ser la única medida a solicitar, podría pensarse en permitir al Juez que valore la necesidad de la apertura de la audiencia para determinar si están o no probados los hechos, supuestos en que el M.F. solicitará, si el Juez lo estimara necesario a efectos probatorios, la apertura de la audiencia.

- Peticiones de sobreseimiento motivado y de remisión de las actuaciones a los órganos administrativos de protección serán singulares en este momento por cuanto ya han podido ser acordadas en la fase anterior o de conclusión de la comparecencia. De cualquier modo lo remitido a las Instituciones administrativas será las fotocopias del expediente.

d) *La audiencia: trámites previos y celebración*

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

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

- Requerir «al menor y a su representante legal que designe Abogado que le defienda si no lo hubiere hecho antes. De no hacerlo en el plazo que se fije se le nombrará de oficio». Ahora bien ¿a quién debe indicar el Juez que designe Abogado? ¿Al menor

y al representante legal conjuntamente, como se extrae de la letra del precepto, o sólo a alguno de ellos? Es de notar que la Ley, sobre este punto, adopta distintos criterios, según los distintos momentos procesales. Si se ha adoptado la medida cautelar de internamiento provisional pueden designar Abogado «los padres o representantes legales del menor» (regla 5.^a). En la comparecencia podrá asistir el menor «acompañado de un Abogado de su elección» (regla 6.^a). Cualesquiera de ellas puede adoptarse.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- * La de la regla 15, a cuyo tenor el Juez informará al menor en un lenguaje claro y sencillo, adaptado a su edad y que le sea com-

preensible, de las medidas solicitadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones y del hecho y causas en que se fundan.

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

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

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

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

las medidas, se considera positiva la intervención del Equipo Técnico y no solo por ese cambio de circunstancias, sino también porque se refuerzan y actualizan la información del Juez y la oralidad.

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

e) *La resolución del Juez y medidas a adoptar*

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

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

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

pectos sobre los que aquellos pueden haber informado con específica competencia.

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

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

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

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

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

- ¿Cuál es la duración de las medidas? Algunas son de ejecución instantánea, por lo que carecen de límites temporales (amonestación). Para otras está determinado el límite mínimo y el máximo (internamiento de fines de semana). Y para las demás se fija exclusivamente el tiempo máximo de duración, confirmando así el art. 16.1, final, al declarar que si se impusiere en la sentencia alguna de las medidas que no sean las del número 1.º del artículo 17, «se expresará su duración que no excederá de dos años». Y lo cierto es que en el preámbulo de la Ley esta duración máxima no se extiende a todas las medidas sino solo a la de internamiento, cuando dice que «se establece un límite temporal a la duración de la medida de internamiento». Por otra parte, si la Ley toma en consideración siempre el interés del menor ¿el tratamiento ambulatorio y el acogimiento necesariamente concluyen con los dos años o el tratamiento curativo podría continuar? El límite legal lo es para las medidas aflictivas.

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

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

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

f) *La suspensión del fallo*

Está regulada esta figura en el artículo 16.3 que se inicia así: «En atención a la naturaleza de los hechos, el Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Abogado, podrá decidir la suspensión del fallo». En su propio sentido, con la suspensión del fallo (...) no se acuerda en ese momento medida alguna, y sin embargo en el inciso final del citado artículo 16.3 se establece que si se revocare la suspensión del fallo «se dará cumplimiento a la medida acordada por el Juez», lo que en su literalidad daría a entender que no estamos ante una verdadera suspensión del fallo sino ante una suspensión de la medida. Aparte la irregularidad terminológica, hemos de partir de que la ley ha creado *ex novo* la institución de la suspensión del fallo, que ya pretendió introducir el proyecto de Código Penal de 1980 con más precisión, pues se preveía como suspensión del fallo el que se dictase sentencia completa salvo la parte dispositiva, sometiendo entonces al penado durante un período de tiempo a unas reglas de conducta y tareas favorecedoras de su reinserción social, que habían de llevarse a cabo bajo el control del Juez de Vigilancia, que podía acudir en cualquier momento al Tribunal interesando la revocación del beneficio; una vez transcurrido el período fijado, el reo había de comparecer de nuevo ante el Tribunal, que

acordaría bien el pronunciamiento del fallo para su cumplimiento, fijando la pena, bien el dejar sin efecto definitivamente la sentencia.

Planteamos algunas cuestiones sobre la suspensión del fallo:

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

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

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

- Presupuesto sustancial para acordar la suspensión del fallo es la aceptación por el menor, debidamente asistido, y los perjudicados, de una propuesta de reparación extrajudicial. El acuerdo puede ser expreso y pleno como consecuencia de la concurrencia de voluntades de los interesados. Pero también es válida a efectos de la vigencia de la propuesta reparadora, la voluntad

unilateral de la representación del menor si los perjudicados no expresaren un *contrarius consensus* en el tiempo fijado, o si habiendo manifestado explícita oposición, ésta fuera manifiestamente infundada. Pero ¿y si fuere el menor, debidamente asistido, quien no aceptare la propuesta? ¿No se da lugar a la suspensión del fallo o se le impone también la propuesta de reparación?

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

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

Otro tema: la legitimación para solicitar la suspensión del fallo. Se atribuye al Juez de Menores, de oficio, o al Ministerio Fiscal y al Abogado. Pero ¿cuándo se insta? El Juez dentro del plazo de cinco días para

dictar sentencia. ¿Y los demás legitimados? El último momento hábil es durante la celebración de la Audiencia.

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

g) *Ejecución y revisión de las medidas*

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

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

nidades pequeñas con pocos menores sujetos a expediente. Pero lo cierto es que la Ley resultaría ineficaz si no existen posibilidades de cumplir exactamente las medidas.

En particular, líneas generales sobre algunas medidas.

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

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

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

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

Privación del derecho a conducir ciclomotor o vehículos de motor. Ya hemos dicho que no se trata de privación del permiso de conducir, porque, obviamente, por razón de la edad se carece de él. Se trataría de una privación anticipada, de una expectativa, porque el derecho no ha nacido. Así, el tema es éste: ¿cuando comienza la ejecución de una medida de privación de un derecho no nacido? No inmediatamente después

de adoptada dado que resultaría ineficaz en la mayor parte de los casos, porque durante el tiempo de la privación del derecho —un máximo de dos años— el derecho no habría nacido.

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

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

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

Ingreso en Centros de régimen abierto, semiabierto o cerrado. Se carece de un *status* jurídico sobre el internamiento de los menores en régimen cerrado, abierto o semiabierto. No existen reglamentos generales. En todo caso, reglamentaciones particulares ordenadoras del régimen interno, quedando todo al arbitrio de organismos de las Administraciones Central o Autonómicas. El marco jurídico normal puede quedar reducido a un director del Centro que decide autónomamente, unos educadores y el menor. Pero el menor tiene derechos y estos pueden ser vulnerados. ¿Con qué medios cuenta el M.F. para controlar el cumplimiento de estas medidas? Su intervención en la ejecución es básica y sus facultades amplias. Deberá vigilar los Centros de reforma; es esencial su visto bueno a los reglamentos internos, sobre todo en lo referente a medidas disciplinarias de especial rigor y a las posibles sanciones de aislamiento. Aparte el control activo del M.F. los directores de los Centros deberán dar cuenta de los cambios y de la evolución del menor; del programa correctivo del internamiento o del proyecto educativo que se va a acometer con el menor, así como del sentido del tratamiento. ¿Pero cuáles son las garantías de ese cumplimiento? Imprescindible es adoptar los mecanismos en cada caso precisos para que Jueces de Menores y Ministerio Fiscal controlen eficazmente el cumplimiento de estas medidas. El artículo 18 de la Ley de 1948, no derogado, concede al Juez una vigilancia permanente de todas las incidencias; en este sentido el Juez de Menores es un Juez de Vigilancia con todas sus consecuencias. También es básica la intervención del M.F. en la ejecución de estas medidas. Hay que seguir las fichas de estos menores, y ello en base al artículo 23 de la

nueva Ley, conforme al cual puede pedir que se emitan informes sobre el cumplimiento en general.

Otras medidas.

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

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

Ahora la situación es distinta. Permanecen en sus líneas generales los artículos 487 y 584 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. Pero el Código Civil en materia de patria potestad experimentó una notable modificación con la Ley de 13-5-1981. El nuevo texto desconoce la suspensión de la patria potestad. El artículo 170 expresa ahora que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento

de los deberes inherentes a la misma, en causa criminal o matrimonial. Y el caso es que la patria potestad suspendida permanece en el artículo 243.1.º del Código Civil cuando dice que no pueden ser tutores los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad.

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

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

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

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

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

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

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

h) *Los recursos en la ley orgánica 4/1992*

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

Dado el carácter supletorio de la L.E.Cr. no serán recurribles las resoluciones que en ella estén exceptuadas como: autos de abstención (artículo 55); auto admitiendo práctica de pruebas para la apertura de audiencia (artículo 659.3); auto acordando la apertura de audiencia, a semejanza del auto de apertura de juicio oral que se reputa inimpugnable; auto que desestima la recusación (artículo 228 de la LOPJ que modifica en este punto el artículo 69 de la L.E.Cr., sin perjuicio, obviamente, de hacer valer esa causa de recusación que se pretende a través de los recursos que procedan contra la resolución definitiva).

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

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

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

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

i) *Régimen transitorio en los órdenes sustantivo y procesal*

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

2. La única disposición transitoria de la Ley se limita a decir que mientras subsistan los Tribunales Tutelares de Menores serán competentes para conocer de los procesos seguidos por los supuestos comprendidos en el artículo 9 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Nada se dice respecto al régimen aplicable a los expedientes en tramitación al tiempo de su entrada en vigor, con lo que regirá el principio de retroactividad a que dan acogida los artículos 9.3.º de la Constitución y 2.3.º del Código Civil. Sin embargo, este principio trasladado a las normas procesales no es pacífico en su aplicación. Conviene hacer una precisión previa que parte de la consideración del Derecho procesal como derecho autónomo. El dato a tener en cuenta para determinar si estamos ante una aplicación retroactiva de la ley procesal, no es la fecha en que acontecieron los hechos, sino el momento en que se está siguiendo el proceso. Por ello, las actuaciones incoadas después de la publicación de la Ley, aunque lo sean por hechos acaecidos con anterioridad, se ajustarán en su tramitación a la Ley nueva. Y para señalar cual es el momento de incoación, habrá que estar no a la fecha del inicio de las actuaciones procesales, sino a la fecha de recepción en el órgano judicial o fiscal de tales actuaciones.

Fuera de esta primera precisión, hay argumentos para defender otras posturas: estimar que la aplicación de la nueva Ley a los procesos pendientes no supone retroactividad (*tempus regit actum*); considerar que los procesos ya abiertos han de continuarse conforme a la normativa vigente al tiempo de su iniciación; distinguir según se trate de fases procesales (terminación de la fase en curso con arreglo a la normativa anterior

y acomodación de la fase siguiente a la ley nueva); aplicación de la ley posterior en todo caso a los procesos pendientes, aunque dejando subsistente la validez de los actos anteriores, salvo que de la nueva ley se desprenda lo contrario.

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

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

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

- No ser imprescindible la emisión de informes por el equipo técnico.
- Que antes de resolverse el expediente, por el Ministerio Fiscal se emitirá dictamen indicando si estima procedente o no la imposición de medidas y, en su caso, la que repute adecuada.
- Que no es necesario que para imponer la medida de amonestación se celebre vista.
- Que para la imposición de las demás medidas se atenderá al caso concreto para instar o no la celebración de vista. No se considera necesaria cuando el principio de contradicción haya sido plenamente salvaguardado durante las actuaciones.

- En los casos en que el Juez de Menores haya llevado a cabo una auténtica labor instructora con carácter plenamente inquisitivo, se valorará la procedencia de suscitar o no el incidente de recusación. En el caso de que no haya existido propiamente labor instructora, sino puramente de enjuiciamiento —aunque no concentrado— con salvaguarda del principio de contradicción —o posibilidad de contradicción— en todas las diligencias, no habrá inconveniente legal ni constitucional para que el mismo Juez que venga conociendo del expediente adopte la resolución oportuna.

**El Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores
víctimas de un delito**

—Instrucción núm. 2/93, de 15 de marzo—

I

El acaecimiento de ciertos hechos delictivos puede provocar, en ocasiones, que la ofensa al bien jurídico penalmente tutelado vaya acompañada, además, de singulares efectos paralelos cuya repercusión negativa llega a ser igualmente intensa, alcanzando a otros bienes jurídicos y recrudesciendo el daño inicialmente ocasionado.

Ese plus de lesividad que se añade a una acción delictiva puede obedecer en su origen a causas de muy diversa índole. La especial naturaleza del bien jurídico menoscabado, la condición social del autor y, en fin, la edad de la víctima, pueden contribuir a que la indiferencia sociológica ante el injusto que ofende bienes ajenos se torne en desmedida expectación colectiva.

La concentración de los sucesos y su tratamiento periodístico, ha puesto de manifiesto, con mayor virulencia que nunca, la indefensión de los menores y la causación de daños, algunos irreparables, para el desarrollo equilibrado de su personalidad. Tales agresiones, no detectadas probablemente por el menor y por su entorno inmediato, deslumbrados por atravesar el umbral del anonimato, han sido rechazadas por la sociedad que ha recibido consternada la divulgación repetitiva y a veces morbosa de la imagen de quienes carecen de resortes defensivos para intuir, valorar y finalmente protegerse de la manipulación de su identidad y circunstancias familiares.

Los derechos del menor, pero también la respetabilidad de la inmensa mayoría de la profesión periodística, exige no sólo una reflexión serena acerca de las causas sociológicas que han propiciado esos excesos sino, además, una decidida respuesta por parte de las instituciones que, constitucionalmente, deben velar por el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encuentren en situación de desamparo, acotando la degradación ética que subyace en esa forma de entender el derecho a la información y que vulnera derechos constitucionalmente protegidos.

La manera de cómo una sociedad trata a sus niños refleja no sólo sus cualidades de compasión y atención protectora sino también su sentido de justicia, su compromiso con el futuro y su impulso para mejorar la condición humana para las generaciones futuras.

El deseo de llegar a conocer los detalles más minuciosos que rodearon la comisión del delito, el afán por captar los aspectos más recónditos de la dinámica delictiva, constituyen un comprensible estímulo para que algunos medios de comunicación, en la legítima lucha por afianzar y extender sus respectivas ofertas informativas en tan competitivo mercado, se esfuercen en proporcionar una imagen más que precisa del evento delictivo y de sus protagonistas.

Ya la Fiscalía General del Estado se ha ocupado del análisis del proceso penal como delicado punto de encuentro en el que convergen intereses enfrentados. De un lado, el legítimo ejercicio de la libertad de información y, de otra parte, el derecho a la intimidad de quien es objeto de investigación criminal.

La jurisprudencia constitucional viene estableciendo que el valor preferente del derecho de información sólo prevalece sobre los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas en la medida que su sacrificio resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática (art. 10.2 del Convenio de los Derechos Humanos).

El problema, finalmente, es el de fijar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando puede colisionar con la libertad de información. Constituye también criterio jurisprudencial, el que el límite inferior lo marcan la verdad, el ánimo de informar y el respeto; las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y el propio concepto que cada persona observe según sus actos y determine sus pautas de comportamiento. Al enmarcar en este espacio los conceptos de intimidad, privacidad y sociedad, también es imprescindible tener muy presente el principio de proporcionalidad inherente al Estado de Derecho y cuya condición de canon de constitucionalidad tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones y constricciones. La proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada cuando se procede a la limitación de un derecho fundamental, haciendo, en definitiva, ilegítimo, su ejercicio sin la ponderación razonada y proporcionada a su contenido y finalidad.

En esta dirección sobrepasan el límite de lo tolerable en un Estado de Derecho las noticias que contemplen vejaciones innecesarias que, más allá de la voluntad de informar, inciden e infringen derechos subjetivos de los menores, a los que el Ministerio Fiscal debe procurar.

No existe un Código Deontológico de la Profesión Periodística en España. En el ámbito de Catalunya se aprobó en fecha de 22 de octubre de 1992 por la Junta de Gobierno del Colegio de Periodistas el Código Deontológico de la Profesión Periodística de Catalunya, compartido por la mayoría de los profesionales del Estado Español en su congreso del mes del mismo año, que en su artículo 11 preceptúa que deberá tratarse con especial cuidado toda información que afecte a menores, evitando difundir su identificación cuando aparezcan como víctimas (excepción hecha de los supuestos de homicidio), testigos o inculpados en causas

criminales, sobre todo en asuntos de especial trascendencia social como en el caso de los delitos sexuales (...). También se evitará identificar contra su voluntad a las personas próximas o a parientes inocentes, de acusados o convictos en procedimientos penales».

Se trata ahora de analizar otro aspecto que puede acompañar a esa misma realidad de un proceso penal sobre el que se proyecta el ansia de difusión y recepción informativa.

La apasionada curiosidad colectiva respecto de aquellos ilícitos que tienen por protagonistas pasivos a menores de edad lleva, en ocasiones, a una indiscreta y multitudinaria injerencia en la investigación judicial. Para lograr absorber esa demanda informativa, determinados medios de comunicación se han esforzado en obtener imágenes y declaraciones de los sujetos del episodio ilícito, proporcionando testimonios documentados que alientan y multiplican el seguimiento colectivo del hecho ilícito.

Sin embargo, tanto la exhibición pública como la irreflexiva mercantilización de la amarga experiencia vivida por el menor de edad víctima de un delito, implican un comportamiento que no puede contemplar el Ministerio Fiscal desde la indiferencia institucional. No en vano, su Estatuto Orgánico, aprobado por ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su art. 3.7, encomienda al Ministerio Público el ejercicio de labores que tengan por objeto «la protección y defensa de menores y desvalidos», sumándose el legislador ordinario a una tradición histórica en la definición de los perfiles competenciales de aquél. Ya el Estatuto de 1926, en su art. 2.5 le atribuía la representación y defensa de los menores.

La preocupación legislativa por proteger el ámbito de privacidad del menor muestra su presencia en diversos textos legales. El art. 39.4 de la Constitución ya dispone que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en su art. 16, reconoce el derecho del niño «a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia (...) ni de ataques a su honra o a su reputación», añadiendo el párrafo 2 que el niño tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques». Aclara su art. 1 que «entendemos por Niño, todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable haya llegado antes a la mayoría de edad».

Singular valor cobran hoy las palabras de James P. Grant, Director Ejecutivo de UNICEF que, tras la ceremonia de firma de la Convención en Nueva York el 26 de enero de 1990, manifestó: la Convención ha dado prioridad a los niños en las agendas nacionales e internacionales. La Comunidad Internacional ha proporcionado una base firme para una nueva ética que define al niño como individuo con derechos inalienables no menos valiosos que los del adulto».

Otros textos internacionales, concebidos en función del ejercicio de las facultades de reforma del menor, evidencian esa misma preocupación, revelando así una sensibilidad legislativa claramente dirigida a evitar el efecto perturbador que, para el desarrollo integral del menor, puede provocar un torpe entendimiento de la publicidad procesal. En esta línea, la *Recomendación núm. R (87) 20, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, en el capítulo relativo a la Justicia de Menores recuerda «el derecho de los jóvenes al respeto de su vida privada».

Asimismo, las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, aprobadas por la Asamblea General el día 29 de noviembre de 1985, e incluidas en el Anexo de la resolución 40/33, en su principio general 8, se ocupa de «la protección de la intimidad», señalando, en el apartado primero, que «para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad»; añade el apartado segundo que «en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente».

A la vista de tales disposiciones, cobra pleno sentido el contenido actual de la regla 14, párrafos 2 y 3 del remozado art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por Decreto 11 de junio de 1948. En efecto, tras la reforma operada por la LO 4/1992, de 5 de junio se dispone que «el Juez podrá acordar, en interés del menor, que las sesiones no sean públicas», añadiendo que «en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación».

Cierto es que algunos de los preceptos señalados están pensando en el proceso de reforma de un menor que no ha sido suficientemente motivado por la norma penal llamada a tutelar determinados bienes jurídicos. Sin embargo, la aplicabilidad de su filosofía inspiradora es incuestionable cuando se mira no ya al menor sujeto del injusto, sino a la víctima de éste.

II

Con independencia de las cautelas legislativas impuestas para el proceso que tiene por objeto el enjuiciamiento del injusto protagonizado por el menor, el tratamiento informativo de cualquier hecho que pueda conllevar una intromisión en la esfera íntima de aquél, está sujeto a una serie de exigencias cuya elusión puede acarrear consecuencias jurídicas no debidamente ponderadas. Y es que, como se ha afirmado gráficamente, la vida privada debe estar amurallada, pues no hablamos de otra cosa que de esa esfera de la existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado.

La *LO 1/1982, de 5 de mayo*, dictada en desarrollo del art. 18.1 de la Constitución, tiene por objeto la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tal protección se dispensa frente a las intromisiones ilegítimas de terceros en la esfera de aquellos derechos fundamentales, pertenecientes a la categoría de los derechos de la personalidad.

Fundadas críticas doctrinales han puesto de manifiesto la contradicción conceptual que supone proclamar en el art. 1.3 del referido texto que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», apuntando que «la renuncia a la protección de esta ley será nula» y añadir, inmediatamente después, en el art. 2.2 que «no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso...».

En cualquier caso, al margen de la denunciada imperfección técnica, interesa destacar que el consentimiento del titular del derecho susceptible de ser vulnerado actúa como una verdadera causa de justificación. Esa aceptación voluntariamente expresada del titular del derecho para admitir la intromisión muta la ilegitimidad de la injerencia convirtiéndola en legítima.

Especial interés tiene para los Sres.-Fiscales el contenido del art. 3.1 y 2, alusivo al régimen jurídico observable en aquellos casos en que el titular de los derechos que pueden ser objeto de menoscabo es un menor o un incapaz. Dice, en efecto, el aludido precepto:

1.— «El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

2.— En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez».

La fórmula legal concebida se halla en armonía con el régimen general que el art. 162.1 del Código Civil establece respecto de la representación legal de los hijos. En su virtud, tras señalar aquel precepto que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados», exceptúa «los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

En el deseo de colmar de contenido la imposición legal que condiciona la aptitud para consentir válidamente, a la posesión de cualificadas «condiciones de madurez», se ha sugerido tomar como referencia el patrón normativo que proporcionan diversos preceptos del Código Civil

que, en otras materias, permiten al menor realizar determinados negocios jurídicos a partir de cierta edad —14 años—, o exigen su audiencia si fuera mayor de 12 años o tuviere suficiente juicio (cfr. arts. 663, 177.3, 156 y 92 del CC.).

Sin embargo, constituye preferente preocupación de la Fiscalía General, no ya el prefijar topes convencionales que actúen de referente en los supuestos ordinarios, sino impedir que el impacto psíquicoemocional que pueda sufrir un menor —incluso, de suficiente madurez—, en ciertos casos especiales, sea empleado para la obtención de un consentimiento irreflexivo o que esté motivado por la momentánea, artificiosa y efímera atracción hacia una popularidad asentada exclusivamente en el insano figoneo que generan algunos sucesos delictivos.

Fuera de los casos calificables como ordinarios y en que la afirmación de madurez no admita dudas, los restantes supuestos —conforme exige el art. 3.2— imponen al representante legal que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, mediante escrito, el consentimiento proyectado. Si el Fiscal, en el plazo de ocho días se opusiere, «resolverá el Juez».

La LO 1/1982, como puede apreciarse, diseña un elemental trámite dirigido al Fiscal y al que puede seguir, caso de oposición, un sencillo expediente encuadrable entre los actos de jurisdicción voluntaria del art. 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El interrogante acerca de cuál haya de ser el Fiscal llamado a ratificar o rechazar el proyectado consentimiento, o cual sea, en su caso, el órgano judicial competente, parece que puede resolverse, tanto en favor del lugar del domicilio del menor, como del lugar en que la pretendida difusión vaya a verificarse.

La intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido —si éste existiera— para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente —art. 1301 del Código Civil— y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor —arts. 164 y 168 del Código Civil— son sólo algunos de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal.

Sin embargo, la legitimación restringida para hacer valer tales efectos, aconseja de los Sres. Fiscales una labor previsor y anticipada, a fin de impedir la producción de unas consecuencias de difícil reparación. Así, en aquellos casos en que la divulgación de la noticia permita prever una pronta intromisión en la intimidad o la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, los Sres. Fiscales valorarán la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquéllos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse.

III

No puede limitarse la actuación del Fiscal a la impasible plación de maquinaciones familiares que, orientadas hacia el tan fácil como inespereado rendimiento económico, puedan perjudicar gravemente el proceso de socialización del menor y, con ello, su desarrollo integral. Conviene recordar que ya el art. 154.1 del Código Civil, cuando se ocupa de fijar el contenido de la patria potestad, alude a la obligación de los padres, respecto de sus hijos, de «educarlos y procurarles una formación integral». De ahí que un continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad o una reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia, pueden llevar a emerger la categoría jurídica del *desamparo* con la consiguiente guarda por parte de la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores. La descripción legal del desamparo (art. 172.1 CC), considera como tal la situación «que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Resulta de aceptación, aunque no sin dificultades detectables, que tal concepto legal puede acoger en su ámbito la inadmisibile actuación del grupo familiar que antepone el rendimiento económico derivado del drama vivido por el menor a la ineludible y tan necesaria intimidad que la propia naturaleza de las cosas aconseja.

Calificable la situación del menor como incurso en desamparo, cobra pleno sentido la misión del Fiscal a quien el art. 174.1 del Código Civil le atribuye «la superior vigilancia (...) de la guarda de los menores...».

En definitiva, la perplejidad social que produce la impune utilización del infortunio infantil, exige una activa y decidida respuesta de los Sres. Fiscales a fin de impedir que la desdicha que ha convertido al menor en víctima de un hecho delictivo, lleve aparejada, como ineludible añadido, el frecuente recuerdo de los pormenores de la ofensa padecida.

El Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas. Su deber de velar por el secreto del sumario. La denuncia anónima: su virtualidad como «Notitia Criminis»

—Instrucción núm. 3/93, de 16 de marzo—

I.— EL MINISTERIO FISCAL Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS CIUDADANOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO PÚBLICO SIN DILACIONES INDEBIDAS

El derecho a la tutela judicial proclamado por el art. 24.1 de la CE, su efectiva vigencia, constituye, sin duda, una de las más singulares manifestaciones de la realidad y presencia de un Estado de Derecho. Ese poder jurídico que asiste a todo ciudadano, en cuanto titular de derechos e intereses legítimos, en orden a acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto e instar una resolución motivada, no puede, en modo alguno, limitarse a un enunciado normativo puramente programático. Por el contrario, el compromiso que a los poderes públicos impone el art. 9.2 del texto constitucional, exigiéndoles una acción remotriz de todos aquellos obstáculos que se opongan a la efectividad de derechos fundamentales, reclama una acción decidida por parte del Ministerio Fiscal a fin de hacer viable, en todo proceso, el contenido real de aquel derecho. Especial protagonismo ha de reivindicar el Fiscal en tal misión constitucional pues, no en vano, el art. 124 de la CE, delimitador del diseño que los constituyentes idearon para el órgano encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, adiciona entre los cometidos institucionales de aquél, la defensa de los derechos de los ciudadanos, legitimándole para instar, si ello fuere preciso, el recurso de amparo (art. 162.1 b) CE) como medio extraordinario de reacción en defensa y reivindicación del derecho individual menoscabado.

Se hace indispensable, pues, una exquisita sensibilidad de todos los funcionarios del Ministerio Fiscal a fin de lograr que cualquier pretensión ciudadana, atendible y respaldada con la necesaria argumentación fáctica y jurídica, obtenga el impulso y apoyo del Fiscal hasta lograr su reconocimiento judicial. Ello lleva a la Fiscalía General del Estado, a estimular el ejercicio de las facultades de indagación que los arts. 5 del vigente Estatuto y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, le confieren, con la finalidad, bien de investigar hechos denunciados, bien

de erigirse en órgano receptor de conflictos e inquietudes llamados, en su caso, a provocar un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales. Es momento, pues, de recordar la plena vigencia y aspiración de eficacia de la Instrucción 2/1988, dictada para el ejercicio de las facultades que, en orden a la dirección de la Policía Judicial, atribuyen al Fiscal los arts. 126 de la CE, 446 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 20 del Decreto 769/87, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los Fiscales, en suma, habrán de contribuir, en la medida que lo permita su ámbito competencial, a hacer realidad el contenido material del derecho a la obtención de tutela judicial efectiva. Sólo mediante una actuación incansable, con el mismo esfuerzo y dedicación que habitualmente empeña en otros deberes constitucionales, podrá acercar el ejercicio cotidiano de sus funciones a la sugestiva descripción que del Fiscal se contiene en el art. 124 de la Carta Magna.

Muchas y variadas son las formas en que, a lo largo de un proceso, ese derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva puede ser menoscabado. A todas ellas habrán de hacer frente los Fiscales, reaccionando con prontitud y empleando todos los medios procesales que tienen a su alcance a fin de restablecer el imperio de aquel derecho.

De todos aquellos motivos que pueden erosionar de forma especial la vigencia de ese derecho constitucional, destaca, sin duda, la falta de celeridad en la tramitación de causas penales que, en sí mismo, constituye un mal llamado a frustrar las ansias de justicia de quien demanda aquella tutela. La ausencia de celeridad en la tramitación de aquellas causas penales, no sólo incide en la falta de efectividad en la respuesta judicial de tutela, sino que, además, integra violación de otro derecho fundamental de protección privilegiada, a saber, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas que consagra el apartado 2 del mismo artículo 24 del texto constitucional.

La condición de garante de los derechos fundamentales, que constitucionalmente asigna el art. 124 al Ministerio Fiscal, le obliga a desplegar la actividad procesal necesaria a fin de hacer desaparecer las razones de esa tardanza. El alcance y contenido de su obligación institucional puede inferirse, no sólo de lo prevenido en el art. 24 de nuestro texto fundamental, sino de lo establecido en el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de de 1950, del art. 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.

Ese conjunto normativo del más alto rango jerárquico es olvidado, sin embargo, con una frecuencia mucho mayor a la deseable. En efecto, a las razones de naturaleza material, ligadas a las ya clásicas carencias que suelen afectar a los órganos jurisdiccionales y que repercuten en la duración de los litigios, se añade, en los últimos años, otra causa de carácter especial, a saber, la rentabilidad extraprocesal de un litigio pro-

longado en demasía y objeto de continuo tratamiento informativo. Es incuestionable que todo proceso penal cuyos sujetos activos o pasivos tengan relevancia pública genera un interés informativo, de una legitimidad fuera de duda y que, también goza de la protección constitucional que, a la libertad de expresión y a la de comunicar y recibir libremente información veraz, dispensa el art. 20 de la CE.

La distorsión en el devenir del proceso penal se produce cuando, alguna o algunas de las partes personadas en aquellas causas penales, despliega una contumaz acción procesal tendente a alargar al máximo la duda social que se cierne sobre la persona del imputado.

Es entonces cuando la genuina posición procesal del Fiscal ha de cobrar pleno significado. Bien explícito es el art. 306 de la LECri. cuando, en la vigente regulación del sumario ordinario, afirma que «los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente». Es necesario, pues, que quien por mandato legislativo asume tal cometido supere la paciente resignación corporativa que, en ocasiones, ha llevado al Fiscal a adoptar el papel de pasivo espectador en una instrucción que, en algún momento, puede no ser todo lo diligente que debiera.

El Fiscal ha de lograr, en suma, que la indiscutible vigencia del art. 324 —que impone al Juez de Instrucción un examen autocrítico de las razones que provocan una instrucción prolongada por tiempo superior a un mes—, en relación con los arts. 308 y 646 de la LECri, sea algo más que un iluso propósito legislativo. A nadie escapa que la creciente complejidad de las nuevas formas de delincuencia trae consigo una instrucción mucho más compleja y alejada de históricas formas artesanales en la indagación judicial. No se pretende, ni mucho menos, propugnar una instrucción precipitada e incompleta. Sólo se persigue que la paralización de un sumario únicamente lo sea por causas explicables y que éstas se hallen debidamente documentadas.

No es ésta, desde luego, una preocupación novedosa. Ya la Orden de 23 de marzo de 1932, en su art. 3, estableció que «todo sumario que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser inspeccionado personalmente por el Fiscal de la Audiencia o por sus auxiliares, cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente la justificación de la demora. Los Fiscales darán cuenta a la Fiscalía General de la República —actual Fiscalía General del Estado— del resultado de estas inspecciones (...)».

Hoy más que nunca, la vigencia expansiva de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas —art. 24.1 y 2 CE— imponen la ineludible exigencia de que la labor inspectora del Fiscal en los sumarios se extienda a la solicitud de información de las razones que explican la demora en la indagación judicial. De ahí que, en lo sucesivo, los Fiscales Jefes de los distintos Tribunales Superiores de Justicia y de las diferentes Audiencias, remitirán a esta Fiscalía General del Estado, informe trimestral del

resultado de esa tarea inspectora que están obligados a desplegar. Para el caso en que los informes judiciales justificadores de la demora sean insuficientes, respondan a una fórmula rutinaria o carezcan de auténtico contenido, aquéllos serán completados por los Fiscales, tomando como base sus propias conclusiones, obtenidas del contacto cotidiano con el proceso que se retrasa.

Conviene recordar que no sólo los centenarios preceptos de la LECri. suministran la cobertura positiva precisa para reivindicar y exigir el cometido de vigilancia de la instrucción judicial. La propia Ley 50/1981, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en su art. 3.1 —Capítulo II, De las funciones del Ministerio Fiscal—, impone a éste «velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ella señaladas, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes».

Todo ello conduce a exigir del Fiscal una misma labor estimuladora de celeridad para situaciones bien distintas. En efecto, en aquellos supuestos en que el resultado de sus propias indagaciones —al amparo de los arts. 5 del Estatuto, 785 bis LECri y 20 del Decreto 769/87—, evidencie una conducta con indicios de criminalidad, formulará, sin dilación, la pertinente querrela, o remitirá lo actuado al órgano judicial competente, poniendo todos los medios de que disponga al alcance del órgano llamado a practicar la indagación judicial. El Fiscal, pues, habrá de erigirse, en armonía con su mandato constitucional y estatutario, en implacable perseguidor de conductas delictivas merecedoras del reproche jurídico. El mismo rigor empleará, claro es, cuando tal conclusión la obtenga de su examen y presencia procesal en las Diligencias Previas incoadas por el órgano instructor al amparo del art. 789 de la LECri.

Ese compromiso del Fiscal tendente a hacer realidad la idea de un proceso sin dilaciones indebidas, le ha de llevar a un análisis, casi diario, del estado en que se hallen las actuaciones y, una vez pueda inferir que el material probatorio que necesita para deducir acusación se encuentra incorporado a la causa, instar la pronta conclusión de la fase instructora y el impulso encaminado a preparar el juicio oral. No se sugiere al Fiscal otra cosa que lo que, tratándose de sumario ordinario, ya preveía el art. 622.2 de la LECri, esto es que cuando considere «que en el sumario se han reunido los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite del juicio oral, lo hará presente al Juez de instrucción para que sin más dilaciones se remita lo actuado al Tribunal competente». La misma previsión normativa ha sido acogida por la reforma procesal introductora del Procedimiento Abreviado, estableciendo su art. 781, como genuina función del Fiscal, instar del Juez de Instrucción, «la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal».

Se olvida, en ocasiones, que el mandato constitucional del art. 120.2, referido al carácter predominantemente oral del proceso, sobre

todo en materia criminal, suele ser desplazado por un concepto burocratizado de la fase preparatoria del juicio oral. Bien explícita es la filosofía del legislador ordinario cuando, en la Exposición de Motivos de la LO 7/1988, creadora del Procedimiento Abreviado, señala entre los objetivos de la reforma el «lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad», anunciando que «se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles», esperando con ello «una mayor celeridad en la fase de juicio oral».

Mal se concilia tal propósito legislativo con una instrucción exageradamente prolongada en el tiempo y sin que la naturaleza del hecho denunciado ni la adecuada tipificación del mismo así lo imponga. El art. 789.3 de la LECri. califica las diligencias a practicar por el Juez como las «esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho». En la misma idea insiste el art. 780 de la LECri. cuando asigna al Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar la tramitación del proceso.

La aspiración de celeridad, el deseo de aliviar la instrucción sumarial de diligencias sobrantes, no son inconciliables con el escrupuloso respeto de las garantías del justiciable. Baste recordar cómo el art. 314 de la LECri. apunta que «las diligencias pedidas y denegadas en el sumario podrán ser propuestas de nuevo en el juicio oral». En la misma línea, el art. 789.4 de la citada LECri. —en su redacción dada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— señala que: «los que se personaren podrán desde entonces (...) instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias cuando fueren necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo».

De ahí que toda desviación respecto de la búsqueda de la esencia del hecho denunciado, toda divagación en torno a aspectos no nucleares e indispensables para la calificación del *factum* puede considerarse una desviación heterodoxa de los fines de la instrucción y, por tanto, inútil. La fase instructora sólo se justifica por la necesidad de indagación y calificación del hecho delictivo, pero no se concibe cuando lo que pretende es ir a la búsqueda de una noticia *criminis* posterior que sirva de justificación a lo ya actuado.

Evidentemente, el compromiso que se pide a los Fiscales de erigirse en agentes impulsores del proceso penal, no sería completo si sólo se hiciera hincapié en la necesidad de agilizar la instrucción de aquellas causas que van a provocar una petición de apertura de juicio oral y posterior enjuiciamiento, olvidando que la misma decisión a la hora de instar la conclusión de las diligencias de averiguación ha de estar presente, en su caso, en el momento de postular el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Si la práctica de las pruebas sumariales necesarias para formar convicción acerca de la presencia o ausencia de indicios delictivos evidencia la falta de éstos, el Fiscal no dudará en solicitar la inmediata

terminación del proceso. Conviene, pues, que tal petición, por la importancia de los efectos a ella asociados, no se limite a un escueto y formulario dictamen. Por el contrario, los Fiscales habrán de motivar jurídicamente el porqué de su pedimento. No debe olvidarse que el mismo interés social, cuya adecuada defensa incumbe al propio Ministerio Fiscal, puede demandar una explicación justificadora de los motivos de la petición de sobreseimiento. Ello cobra especial significación en aquellos procesos en los que la pasión indagadora de alguna de las partes personadas puede llegar a responder, más a un afán de permanencia en la incertidumbre social que rodea al denunciado, que a un verdadero deseo de esclarecimiento del hecho. Es menester, en definitiva, que cuando el cuerpo social capte un contraste entre el énfasis acusatorio de una acusación particular y la petición de archivo del Fiscal, tenga a su alcance un razonamiento esclarecedor de la verdadera dimensión del proceso.

No es preciso para respaldar cuanto se viene diciendo, evocar la Recomendación núm. R(87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la simplificación de la justicia penal cuando señalaba que «el retraso en los asuntos penales desacredita el Derecho Penal y atenta contra una buena administración de la justicia». Bastaría recordar lo que, en la Circular de 15 de septiembre de 1906 se hizo recordar a los Fiscales: «(...) un sumario prolongado siquiera un día más de lo racionalmente preciso constituye un perjuicio indebido, un quebranto irreparable, un mayor sufrimiento, lo mismo para el definitivamente condenado que para el, por su fortuna, absuelto, si bien en estos casos los efectos del entredicho de la honra, de la libertad y de los bienes, los dones más preciados del hombre, producen en el orden moral un agravio del derecho tan perturbador y grave que imperiosamente requiere empeños de honor y conciencia para evitarlo».

Y es que la labor del Ministerio Fiscal en defensa de derechos constitucionales, no se agota en el ejercicio de las acciones judiciales que exija el restablecimiento del orden jurídico conculcado. También le impone que, cuando no detecte *prima facie* un quebrantamiento del sistema penal de protección de bienes jurídicos, impida la persistencia de la desconfianza social que, en ocasiones, acompaña inquietantemente a quien es objeto de investigación criminal.

No se espera de los Sres. Fiscales algo distinto de lo que, con toda claridad expresa el art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto del Ministerio Fiscal. Tal precepto recuerda que, para el cumplimiento de la misión constitucional que al Fiscal incumbe, corresponde a éste: «ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos faltas u oponerse a las ejercidas por otros, cuando proceda».

Se pide de los Fiscales, en consecuencia, que se constituyan en órganos genuinamente activadores del proceso penal, que impulsen la labor judicial instructora, impidiendo así anómalas interrupciones en la tarea investigadora y que tan poco favorecen al esclarecimiento de la

verdad, tanto cuando esa verdad exija la apertura del juicio oral, como cuando imponga el rápido archivo de las diligencias.

II.— EL MINISTERIO FISCAL Y SU DEBER DE VELAR POR EL SECRETO DEL SUMARIO

El proceso penal representa un delicado punto de encuentro entre la justicia que, en determinados casos, exige el secreto de la información y la libertad de información que requiere el acceso a la noticia y a la documentación, garantizadores de la plenitud del derecho a la información. Para las relaciones entre la justicia y prensa, el secreto de la instrucción ha pasado a ser un tema central, pues, de una parte, hay que preservar el resultado de las diligencias de investigación del peligro de intempestivas revelaciones que comportan a veces daños irreparables y, de otra, hay que asegurar una correcta información.

Las recíprocas relaciones entre secreto instructorio y derecho a la información, pueden suscitar problemas graves, no solamente en lo referente a los términos normativos de la cuestión, sino también y de modo principal, por la aplicación estricta del secreto que lleva a la eventual producción de riesgos con su difusión, sean por iniciativa de los órganos de información, sean por los protagonistas en el procedimiento; produciéndose de esta manera el llegar a una incertidumbre procesal de hecho que amenaza con lesionar seriamente, bien los intereses de la justicia por cuanto respecta a la adquisición de pruebas y al ulterior agotamiento de la investigación, o bien a la dignidad de aquellos contra quienes tan sólo se ha abierto el procedimiento o incluso antes de este momento procesal, y sin que, por tanto, ninguna medida cautelar se haya adoptado ni responsabilidad haya sido aún declarada. Si no son suficientemente considerados y definidos, es materia delicada que conlleva el riesgo de comprometer dos fundamentales valores en que confía el ciudadano: el de la justicia y el de la información, ambos base de un sólido y correcto desenvolvimiento de la vida democrática, y sin los cuales puede desembocarse en la imposibilidad de juzgar con un mínimo de claridad y con la sospecha de que todo esté manipulado para fines diversos a la justicia o de una información seria y documentada.

Ya en la Circular del Tribunal Supremo de 22 de de 1928 se decía sobre el secreto sumarial (art. 301 LECri.) y su vulneración (art. 367 C.p.), que estos preceptos legales deben ser estrictamente cumplidos y al Ministerio Fiscal corresponde velar por su cumplimiento, dado que con el quebrantamiento se perjudica la investigación sumarial, ya que la menor indiscreción puede malograr la más importante y decisiva de las actuaciones. Agregando después que estos perjuicios han de ser mayores cuando tal secreto se quebranta por medio de la prensa, ya que la enorme difusión que la misma proporciona hace mayor el daño que la

ley con su ordenamiento previsor trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión por medio de la prensa de las actuaciones judiciales degeneren en críticas de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencia, con lo que nada gana la instrucción sumarial, perdiéndose, en cambio, mucha de la utilidad que ha de reportar a los fines de la justicia la observancia de los Preceptos legales.

Son palabras que parecen escritas hoy y que demuestran cómo la cuestión ha sido desde hace tiempo objeto de debate, y que tras la Constitución, en el curso de los últimos años, se ha integrado en crónicas políticas y judiciales. En primer lugar, con referencia a la lucha contra el terrorismo y narcotráfico y su apología, en una difícil conciliación entre la legítima exigencia de la opinión pública de conocer sucesos, y la de la magistratura de no dar publicidad a las partes de investigación en curso. En segundo lugar, con relación a procesos penales de relevancia informativa que provocan la impresión de una utilización inversa del instituto del secreto, como caja de resonancia para aquellas noticias o indiscreciones que se filtran hasta los medios de comunicación y que después se archivan de plano.

El problema constantemente aumenta o se exaspera por la excesiva duración de la instrucción; si parece aceptable que el control de la opinión pública permanezca por breve tiempo limitado, más arriesgado es, sin duda, que el mismo permanezca suspendido demasiado tiempo, con el peligro de que la instrucción se encamine de modo erróneo, mientras que la prensa puede realizar una función constructiva corrigiendo y aun previniendo posibles errores judiciales.

Si es verdad que no todos los casos pueden ser concluidos rápidamente, es también cierto que la duración excesiva de un proceso penal está en ciertas materias generalizadas, con la ulterior consecuencia de que la prolongación de la instrucción aumenta de hecho la dificultad de mantener el secreto.

Cualquiera puede observar cómo las normas, incluso penales, establecidas en tutela del secreto instructorio, reciben en la práctica diaria continuas y preocupantes violaciones; la disciplina normativa del secreto, de otra parte, no es siempre respetada en manera lineal, sino que, en muchos casos, las violaciones quedan impunes dando la impresión de una disparidad de tratamiento. La insuficiencia normativa, su frecuente inaplicación en muchos casos, el rigor con que en otros casos viene sancionada la violación, han llevado a muchos a sostener que la defensa del secreto instructorio sea una batalla de retaguardia, por lo que también se ha dicho que el instituto habría muerto en la conciencia popular y en la misma praxis judicial.

La intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos.

Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad.

En contra del secreto instructorio no puede invocarse la Constitución. Esta no impone ningún secreto pero consiente al legislador ordinario a servirse del instrumento del secreto para la tutela de intereses constitucionalmente relevantes.

El régimen jurídico de la publicidad en el proceso penal, se regula, como es sabido, en los arts. 301 y 302 de la LECri. Tales preceptos dibujan un sistema en el que la fase instructora, hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas —que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento—, con la posibilidad excepcional de que el Juez de Instrucción, de oficio, a propuesta del Fiscal, o de cualquiera de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas.

Idéntica previsión legislativa contiene el art. 789.4.º, inciso final, de la LECri., para el proceso penal abreviado, recordando la vigencia de lo prevenido en los arts. 301 y 302.

No se hace preciso insistir en la importante restricción del derecho a la defensa que supone la adopción por el Juez de la facultad que, en orden a la declaración de secreto del sumario, le otorga el art. 302.2 de la LECri. Los funcionarios del Ministerio Fiscal, que se hallan legitimados para peticionar tal medida, habrán de ponderar rigurosamente la concurrencia de los presupuestos que pudieran hacerla indispensable. Nunca tal solicitud puede estar inspirada por la precipitación, ni tener su origen en la búsqueda irreflexiva de una verdad que nacería viciada al construirse con quiebra del derecho fundamental de defensa.

Lo cierto es que, haya o no mediado auto declaratorio del secreto para las partes personadas, el sumario, frente a quienes no son parte en el proceso, está afectado por el secreto que proclama el art. 301.1 de la LECri. Dicho con otras palabras, la publicidad absoluta, con fundamento constitucional en los arts. 120 y 24.2 de la CE, sólo rige a partir del momento de la apertura del juicio oral. Desde ese instante, cualquier limitación injustificada al principio de publicidad —con las excepciones relativas a las facultades del Presidente del tribunal que recogen los arts. 680.2 y 3, 686, 687 de la LECri., 191 y 192 de la LOPJ— afectaría de nulidad al proceso, conforme recuerdan los arts. 680.1 de la LECri. y 238.3 de la LOPJ. Sólo la restricción basada en un interés constitucionalmente relevante y legitimador de aquella medida e inspirada en lo prevenido en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos

Humanos de 1950, podría reputarse válida (Cfr. sents. del TC 96/1981, 62/1982, 13/1985, 176/1988 y 123/89).

Cuál deba ser la verdadera actitud del Fiscal a la hora de preservar el secreto de la fase instructora, tanto frente a terceros, como frente a las demás partes personadas si hubiera recaído auto declaratorio de tal medida, es cuestión que exige comentario particularizado.

Conviene no olvidar que la plena eficacia del secreto de las diligencias sumariales puede entrar en oposición con el también derecho fundamental a comunicar y a recibir información del art. 20.1.d) del texto constitucional. Sería ocioso recordar que la comunidad social no es indiferente ante el desarrollo y desenlace de procesos penales que, por la naturaleza del hecho denunciado o por la condición de alguno de los sujetos intervinientes, provocan una legítima demanda de tratamiento informativo. Supondría un inconsciente distanciamiento de la realidad social sugerir una reacción del Fiscal ante la publicación de noticias que se refirieran a hechos que son objetos de averiguación sumarial. Y es que, como ya dijo la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 de 31 de enero, «(...) el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales».

La reacción del Fiscal que observa que la publicación de datos sumariales puede perjudicar el éxito de la instrucción o que puede perturbar seriamente el círculo de derechos que el art. 18.1 de la CE reconoce a todo ciudadano, ha de ser la de instar o llevar por sí una investigación tendente a dilucidar si aquella información ha exigido, para su obtención, quebrantar previamente el secreto del sumario o si, por el contrario, ha podido ser lograda con independencia de los documentos sumariales. No se pide con ello a los Fiscales otra cosa distinta que la que puede inferirse de la lectura de la precitada sentencia 13/1985, del Tribunal Constitucional, que afirmó que «una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo».

Iría en contra de la descripción constitucional del Ministerio Fiscal —garante de derechos fundamentales— cualquier intento de cercenar el derecho a difundir y a recibir información veraz. Lo que ha de perseguir el Fiscal es que no sean las propias partes personadas o cualquiera de los órganos públicos intervinientes en el sumario, los que suministren una información que les está vedado propagar. Indudablemente, la demanda social de información hará, en función de su intensidad, que los medios de comunicación, en el legítimo ejercicio de su cometido, alimenten las distintas fuentes de información a su alcance. Al Fiscal incumbe reaccionar frente al quebrantamiento del secreto sumarial cuando éste se produce por quienes están obligados a guardar silencio.

Tampoco es novedosa la sensibilidad del Fiscal respecto de la vigencia de los arts. 301 y 302 de la LECri. Ya la Circular de 28 de julio de 1928 se propuso como objetivo exigir del Ministerio Fiscal que «vele con todo cuidado y diligencia por que el secreto del sumario no se quebrante, y en cualquier ocasión en que resulte infringida la ley inste lo conveniente para el castigo de la infracción».

III.— LA DENUNCIA ANÓNIMA: SU VIRTUALIDAD COMO «NOTITIA CRIMINIS».

En el sistema penal español la iniciación del procedimiento penal se desencadena desde que se hace llegar al órgano jurisdiccional la sospecha acerca de la existencia de un hecho que, en principio, alberga en sí los elementos definitorios de una figura delictiva.

Esa sospecha que reclama la atención judicial —*notitia criminis*— puede utilizar como vehículo formal, bien la denuncia, bien la querrela, sin perjuicio de apuntar la existencia de alguna forma especial de incoación del procedimiento centrada en la excitación especial del Gobierno» (art. 467.5 del Código Penal), de ámbito especialmente limitado a los delitos de injurias y calumnias a que se refiere aquel precepto.

Fuera de los casos en que la figura delictiva de que se trate exiga un requisito especial de procedibilidad e imponga la denuncia o la querrela como presupuesto ineludible para hacer viable una investigación oficial, ésta puede desencadenarse sin necesidad de mayores exigencias formales. Bien explícito es el art. 308 de la LECri. cuando, al regular las primeras diligencias de investigación, señala que «inmediatamente que los Jueces de Instrucción (...) tuvieren noticia de la perpetración de un delito, lo pondrán en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y los Jueces de Instrucción darán además parte al Presidente de ésta de la formación del sumario...». Nadie duda que, salvadas las exigencias impuestas por los postulados constitucionales inherentes al Juez natural y a la exigible imparcialidad, la formación del sumario puede iniciarse —de hecho así lo anuncia el art. 303 de la LECri.— ya de oficio, ya a instancia de parte.

Con independencia de lo que pudiera calificarse como el régimen jurídico ordinario de iniciación del procedimiento penal, conocido en sus más singulares matices por los Sres. Fiscales, es objetivo de la Fiscalía General dar unidad interpretativa a una forma de denuncia que, si bien no fue inédita en tiempos pasados, es su resurgir actual el que aconseja una conexa y sistematizada respuesta del Ministerio Fiscal. Se trata de la denuncia anónima en la que, tras el velo del anonimato y la falta de transparencia en la identificación del denunciante, pueden llegar a ocultarse espurios propósitos encaminados a la descalificación pública y al descrédito social del denunciado.

El propósito legislativo por impedir tan irreversibles efectos en la honra del denunciado llevó a la Novísima Recopilación (Título XXXIII, Ley VII) a prohibir la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. El uso desmesurado que históricamente llegó a tener la delación aconsejó a los redactores de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (arts. 166 y 168) y de la Compilación General de 1879 a proscribir la denuncia anónima como forma de comunicación de hechos delictivos.

La vigente Ley de Enjuiciamiento se ocupa explícitamente de exigir la identificación del denunciante. Así, establece el art. 266 que «la denuncia que se hiciera por escrito deberá estar *firmada por el denunciador*», previniendo lo propio el art. 267 para los casos en que la denuncia se haga verbalmente, supuesto este último que hace difícil concebir una denuncia anónima.

Conectando con la tradición histórica reseñada, la Real Orden Circular de 27 de enero de 1924 señalaba que «las denuncias anónimas no deben ser atendidas por las Autoridades, y menos dar lugar a actuación alguna respecto del denunciado sin previa comprobación de hechos cuando parezcan muy fundados».

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 135/89 —fundamento jurídico 6— suscribe una interpretación expansiva del derecho a la presunción de inocencia, señalando que ésta existe «antes del proceso y opera en cada una de las fases del mismo: en la iniciación, proscribiendo la admisión de denuncias o querellas que carezcan de un mínimo de verosimilitud».

Las peculiaridades del previgente sistema normativo en materia de delitos monetarios, que admitía la denuncia con promesa de participación lucrativa en la multa que recayera, explica el extravagante contenido de la Orden de 30 de junio de 1976 (BOE 19 julio de 1976), dictada por el Ministerio de Hacienda con el confesado propósito gubernativo de «aclarar la reglamentación de denuncias públicas». En su virtud, los particulares que denunciaran alguno de los delitos monetarios —entonces definidos por la Ley Penal y Procesal de 24 de noviembre de 1938—, «podrán reservar su nombre» (art. 1), añadiéndose que «la denuncia reservada (...) se consignará en unos libros especiales que se denominarán *Libro de denuncias secretas* de delitos monetarios. La denuncia reservada y secreta deberá contener las circunstancias precisas para la averiguación del hecho delictivo de que se trata (...)». Añadía la referida Orden que «el contenido de los libros citados será absolutamente secreto y reservado, sin que en ningún caso pueda ser revelado el nombre del denunciante ni hacer mención del mismo en el expediente respectivo».

Las prevenciones y cautelas respecto de la denuncia anónima se hallan también presentes en el derecho comparado más próximo. El art. 333.3. del Código de Procedimiento Penal italiano (Decreto del Presidente de la República de 22 de septiembre de 1988, núm. 447) anuncia

que «las denuncias anónimas no surtirán ningún efecto, a salvo lo previsto por el art. 240». Como puede apreciarse el proceso penal italiano no reputa causa legítima desencadenante del proceso una denuncia de particular que no se halle debidamente identificado. La excepción acogida en el art. 240 no es propiamente una singularidad en el régimen general, pues tal precepto (integrado en el Cap. VII —De los documentos—, del Título II —Medios de prueba— del Libro III —De la prueba—) se ocupa del valor probatorio que pueda atribuirse, en un proceso ya iniciado, a una prueba documental que tenga por soporte documentos anónimos. Sólo así puede entenderse su contenido cuando señala que «los documentos que contengan declaraciones anónimas no podrán ser aportados, ni en ningún modo utilizados, salvo que constituyan el cuerpo del delito o se crea que proceden del imputado».

Consignar esa generalizada actitud de recelo de los distintos órdenes jurídicos hacia la denuncia anónima no agota los numerosos problemas que a aquélla acompañan. En efecto, conviene no perder de vista que la denuncia —también la anónima— se acoge al régimen jurídico general predicable de los actos procesales. De ahí que en aquellas ocasiones en que la falta de identificación del impulsor de la *notitia criminis* obedezca a una omisión formal tras la que no se esconde ninguna otra motivación, el mandato del art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a habilitar una posibilidad de subsanación.

Sin embargo, una denuncia carente de aptitud como tal presupuesto procesal desencadenante, puede servir, en su contenido material, como medio transmisor de la noticia de unos hechos que justifiquen la incoación *ex officio* de la primera fase del proceso. Ya fue objeto de mención expresa el art. 308 de la LECri que, referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito». Tal criterio legal se repite en el art. 962 de la misma LECri cuando, al tratar del procedimiento para el juicio sobre faltas impone la convocatoria a juicio, según la naturaleza del hecho, «luego que el Juez competente tenga noticia de haberse cometido alguna de las faltas previstas en el Libro III». No cabe duda que, con independencia de la idoneidad formal de la denuncia como tal, ésta podrá ser reputada instrumento transmisor válido de una noticia criminal.

Distinto es el interrogante que se podría plantear acerca de si la denuncia anónima no subsanada y, por ende, con una acusada insuficiencia formal en la identificación del denunciante, puede colmar la exigencia de un requisito de perseguibilidad impuesto para determinadas figuras delictivas. La respuesta negativa viene aconsejada por un elemental razonamiento que aspire a excluir el absurdo en la deducción jurídico-formal.

Resulta indudable que, con independencia de la virtualidad que los distintos órganos jurisdiccionales quieran atribuir a una denuncia anónima, el mayor interés de los Sres. Fiscales se centra en el valor que deban

asignar a las denuncias anónimas que les sean dirigidas. No en vano, el Ministerio Fiscal, ya desde la visión histórica del proceso penal, es un órgano idóneo para recibir denuncias —arts. 259, 262 y 264 de la LECri.— y para practicar la comprobación del hecho denunciado» —art. 269 LECri.—.

Sin embargo, la utilidad de la fijación de criterios uniformes se hace más patente ante la nueva morfología constitucional del Ministerio Fiscal. El art. 5 del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, el art. 20 del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio —que motivara la Instrucción 2/1988 de esta Fiscalía General— y el art. 785 bis de la LECri. —redacción operada por la LO 7/1988, de 28 de diciembre— impiden un Fiscal anclado en una actitud de inhibición y artificiosa neutralidad.

Los términos en que aparece redactado el art. 785 bis de la LECri. son bien significativos a la hora de afrontar los interrogantes planteados. Dice, en efecto, el referido precepto que «cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien *directamente* o por serle presentada una denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo». Una detenida lectura evidencia que tres son las fuentes formales de conocimiento que el Fiscal puede llegar a tener para instar la práctica de diligencias de investigación preprocesal, a saber, denuncia, atestado o *conocimiento directo*.

Nada parece impedir que ese conocimiento directo, que puede tener por origen variadas fuentes, pueda apoyarse en una denuncia anónima no subsanada. Si bien ésta adolecerá de inidoneidad para integrar conceptualmente lo que por denuncia en sentido jurídico-formal deba entenderse, su capacidad para transmitir una sospecha generadora de investigación preparatoria debe estar fuera de duda. Una vez practicadas, en su caso, las diligencias de averiguación que se estimen oportunas podrá el Fiscal instar del Juzgado de Instrucción la incoación de las correspondientes Diligencias Previas y, con ellas, de la primera fase del proceso penal.

Conviene, en definitiva, insistir en la naturaleza de la denuncia como acto desencadenante de una investigación preparatoria o propiamente procesal. Cualquier enfoque que pretendiera extender sus límites más allá de lo apuntado estaría contribuyendo a la confusión acerca del contenido conceptual de distintos aspectos del proceso. Resulta obligado, pues, diferenciar con nitidez el régimen jurídico de la denuncia —incluso, de la subsanación de sus deficiencias formales o de su condición como vehículo transmisor de la noticia criminal— y el régimen jurídico de la documentación que, con finalidad probatoria, pudiera aportarse con esa denuncia. La valoración acerca de la capacidad o incapacidad de la denuncia anónima para provocar el arranque procesal nada tiene que ver con la validez o ilicitud del acompañamiento documental de aquélla.

De ahí que el interés del Fiscal en la incoación de una fase de investigación pueda ser perfectamente compatible con la firme y resuelta defensa del archivo cuando estime que las pruebas acompañadas con la denuncia no reúnan las condiciones de integridad y legitimidad que el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impone para la validez probatoria.

En suma, la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas.

Acerca de si la Sentencia condenatoria con fundamento en el Artículo 487 bis del Código Penal ha de llevar consigo el abono de las cantidades adeudadas en concepto de responsabilidad civil

—Consulta núm. 1/93, de 16 de marzo—

I

La Fiscalía consultante, tras dejar constancia de la falta de prosperabilidad de los recursos hasta entonces entablados contra aquellas sentencias condenatorias que, con fundamento en el art. 487 bis del Código Penal, omitían un pronunciamiento de responsabilidad civil, plantea la posibilidad de acoger, para el adecuado respaldo jurídico de futuros recursos, los argumentos elaborados por uno de los órganos decisorios que, de forma novedosa, ha consolidado una línea interpretativa favorable a la indemnización de perjuicios —art. 101.3 del Código Penal— como derivación de toda sentencia condenatoria.

El razonamiento manejado por las resoluciones condenatorias que extienden su pronunciamiento a la obligación de abonar las cantidades adeudadas, busca su apoyo en la Exposición de Motivos de la LO 3/1989, de 21 de junio, cuando ésta proclamó que la finalidad del nuevo precepto no es otra que la de «proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por parte del obligado a prestarlos».

Al amparo del singular valor interpretativo atribuible a la voluntad legislatoris, afirma el órgano sentenciador que «no cabe duda que la deuda cuyo incumplimiento se sanciona en el precepto tantas veces aludido es una deuda muy especial, no sólo por su naturaleza —la deuda alimenticia entre parientes— sino por su recalcitrante incumplimiento —no se trata de dejar de pagar un mes por no poder atender el pago sino de ser consciente y asumir el impago consecutivo de tres meses o seis alternativos— de modo que es como si en el patrimonio del deudor se operara una reserva para atender las necesidades de los parientes a cuyo alimento debe proveer, cuyo incumplimiento recalcitrante deja de ser un incumplimiento propio que daría lugar a un delito de mera actividad para mutarlo en un verdadero apoderamiento de parte de esa reserva patrimonial que todo padre tiene en favor de sus hijos, lo que conlleva que se trate de un delito de apoderamiento cuya primera y obligada consecuencia es la restitución al perjudicado del importe apropiado; de modo que, la especialidad y trascendencia de la deuda incumplida muta ese incum-

plimiento en verdadero apoderamiento de la parte del patrimonio del deudor sobre el que se opera la reserva».

II

Es obligado reconocer que la Consulta planteada resulta inseparable, en su dificultad, de los problemas interpretativos de toda índole que se derivan del propio art. 487 bis del Código Penal. Este precepto constituyó una de las innovaciones más novedosas de la LO 3/1989, de 21 de junio, promulgada para la reforma y actualización de nuestro texto punitivo. Su vigencia ha ido acompañada de críticas doctrinales de muy diverso género. Se ha visto en el nuevo tipo una inadmisibles resurrección de la prisión por deudas, más propia de otras etapas históricas, ya superadas, del derecho penal. Su presencia ha sido reputada innecesaria ante la existencia de otros tipos penales que ya tutelaban el bien jurídico que se trata de proteger. No ha faltado, en fin, quien estime que el precepto de que se trata constituye el ejemplo paradigmático de la filosofía oportunista del nuevo texto legal.

Tales censuras —algunas de las cuales han sido invocadas por órganos judiciales renuentes a la aplicación de la respuesta punitiva prevista en el tipo— son paralelas a la reivindicación de mayor rigor retributivo por parte de distintos grupos de opinión, que han criticado la tibieza judicial a la hora de castigar los incumplimientos típicos.

El tratamiento penal de la conducta sancionada por el actual art. 487 bis no es, desde luego, nuevo en la historia de nuestro sistema punitivo. La Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en su art. 34, sancionaba con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de 500 a 10.000 pesetas al cónyuge divorciado que, viniendo obligado a prestar pensión alimenticia al otro cónyuge o a los descendientes en virtud de un convenio judicialmente aprobado o de resolución judicial, culpablemente dejara de pagarla durante tres meses consecutivos, sancionándose en todo caso la reincidencia con pena de prisión.

Tampoco es el art. 487 bis un precepto absolutamente extravagante si se toma como referencia alguno de los sistemas penales europeos. Así, el Code Pénal francés, en su art. 357-2, sanciona al cónyuge que, tras su divorcio, separación o nulidad, deje voluntariamente de pagar más de dos meses de las prestaciones o pensiones de cualquier naturaleza que deba en virtud de un proceso matrimonial o de un convenio judicialmente homologado. Incluso, el sistema penal francés incorpora una presunción de voluntariedad en el incumplimiento («le défaut de payement sera présumé volontaire, sauf preuve contraire») de imposible conciliación con el rango constitucional que, en nuestro derecho, tiene la presunción de inocencia.

Es preciso reconocer, en el plano de la reflexión teórica, que el actual art. 487 bis es de difícil justificación a la vista de los principios ins-

piradores de un derecho penal moderno. El carácter fragmentario del derecho penal, su condición de «ultima ratio» impiden el aplauso dogmático a un enunciado punitivo que nace ante la insatisfacción social por el deficiente funcionamiento del sistema de ejecución en la jurisdicción civil. Es fácil detectar en el art. 487 bis un recurso —en nuestros días cada vez más socorrido— a lo que se ha venido en llamar el «Derecho Penal simbólico».

Sin embargo, la defensa de la legalidad que constituye para el Ministerio Fiscal un objetivo, al tiempo que un principio rector de su actuación (art. 124 CE), han llevado a la Fiscalía General del Estado, en la búsqueda de una vigorosa defensa de intereses sociales necesitados de protección, a postular una incondicional aplicación del nuevo tipo.

Además, al interrogante acerca de si la condena penal con fundamento en el art. 487 bis había de llevar aparejada la declaración de responsabilidad civil, ya la Circular 2/1990, dictada para unificar los criterios interpretativos de los Fiscales ante la novedad legislativa, respondía afirmativamente. Tal respuesta se ha visto reforzada, si cabe, por el apoyo que a la misma ha prestado alguno de los trabajos que tuvo acogida en la última de las Memorias de esta Fiscalía General.

En consecuencia, la vigencia del criterio favorable a la declaración de responsabilidad civil hace aconsejable que los Sres. Fiscales respalden sus pretensiones acusatorias con todos aquellos argumentos que conduzcan a la afirmación de aquél. Ello no es obstáculo para percibir en el razonamiento apoyado por la Fiscalía consultante —además del indiscutible mérito de su lógica y de su novedad—, una ficticia construcción que, pensada en apoyo de una declaración de responsabilidad civil, llega a socavar el verdadero bien jurídico que late en el precepto incriminador. De aceptar la construcción jurídica propuesta, que ve en la conducta del acusado un «apoderamiento de la parte del patrimonio del deudor sobre el que se opera la reserva», nos estaríamos distanciando del actual sentido del injusto para deslizarnos hacia el terreno de las infracciones patrimoniales, configurando una variedad de los delitos de apoderamiento ya conocidos por nuestro Código Penal.

En cualquier caso, con independencia de las consideraciones críticas formulables a todo razonamiento sustentado en la hermenéutica jurídica, la labor promotora de la acción de la Justicia que incumbe al Ministerio Fiscal, ha de llevar a sus representantes a cimentar sus conclusiones en todos aquellos pilares que den fijeza a los objetivos auspiciados por la Fiscalía General, entre los cuales se incluye, como es notorio, el deseo de protección y reparación económica de los miembros de la familia más necesitados de amparo.