

Disfunciones procesales y garantías constitucionales en el sistema ideado por la LO 5/2000, de 5 de enero, de responsabilidad penal del menor

Santiago Javier Granado Pachón

Universidad de Huelva (España)

RESUMEN: El presente trabajo realiza un análisis sobre la afectación del sistema procesal creado por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) LO 5/2000 en torno a determinadas garantías constitucionales. Estas injerencias sobre Derechos fundamentales relacionados con el proceso hacen discutible su acierto. La edad del enjuiciado no permite justificar el carácter irrecurrible de las resoluciones de incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ni la posibilidad de que el mismo Juez de Menores que intervino las comunicaciones telefónicas enjuicie al infractor o que establezca una regulación relacionada con el instituto de la conformidad, que vulnere el derecho a un proceso equitativo. Con todo, el legislador es ajeno a estas disfunciones procedimentales, hasta el punto de que la actual reforma del Código Penal incorporada por la LO 1/15, de nuevo olvida regular pormenorizadamente el instituto de la prescripción para los menores, consintiendo una hermenéutica desfavorable para éste, que se concreta en la aplicación analógica in malam partem.

PALABRAS CLAVE: Disfunciones procesales, responsabilidad penal de los niños, prescripción, procedimiento equitativo, analogía in malam partem.

ABSTRACT: This paper analyzes on the involvement of the judicial system created by the Spanish Law about criminal responsibility of children (LORPM): LO 5/2000 regarding certain constitutional guarantees. These interference on fundamental Rights issues with the process, make arguably its success. The age does not justify the unappealable nature of the decisions to initiate the proceedings for the prosecution, or the possibility that the same juvenile judge intervened telephone communications prosecute the offender or to establish a regulation concerning the agreement that violates the right to a fair trial. However, the legislator did not receive these procedural failures, to the extent that the current Spanish reform of the Criminal Code incorporated by LO 1/15 again forgets to prescribe in detail the statute of limitations for minors, consenting to an unfavorable hermeneutics as the analogy in malam partem.

KEY WORDS: Procedural dysfunctions, criminal responsibility of children, prescription, fair procedure, analogy in malam partem.

SUMARIO: 1. Disfunciones en la Ley Orgánica de Responsabilidad penal del menor (LORPM 5/2000) en torno al derecho “al juez ordinario predeterminado en la ley”. 2. Disfunciones en torno al derecho a un proceso equitativo en la regulación de “la conformidad” de la LO 5/2000. 3. Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LO 5/2000 a partir de las reformas del código penal por la LO 5/2010 y LO 1/2015. 4. Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LO 5/2000: la omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales.

1. Disfunciones en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM 5/2000) en torno al derecho “al juez ordinario predeterminado en la ley”

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y la Libertades Fundamentales consagra el derecho al juez natural o al juez ordinario predeterminado en la ley, con las notas de independencia e imparcialidad.¹ Del mismo modo, nuestro sistema interno, a través del artículo 24.2 de la Constitución Española (CE), lo regula dentro del conjunto de los derechos fundamentales de la persona, en consonancia con el derecho a un proceso con todas las garantías. Al respecto, el Tribunal constitucional Español (TC), en numerosas sentencias, entiende que el derecho al juez ordinario predeterminado en la ley constituye una garantía jurisdiccional que forma parte de las garantías básicas del proceso, siendo la primera de ellas, hasta el extremo, que sin juez imparcial no hay proceso judicial.²

Atendiendo a esta trascendental importancia del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, de natural extensión a todo proceso judicial, cabe analizar si los mecanismos procesales contenidos en la LORPM se ajustan debidamente al invocado derecho fundamental, en tanto que los artículos 16.4, 28.2, 23.3, 26.1 y 3, 33 e) de la citada norma parecen seriamente cuestionarlo en vista de que legitiman un

contacto previo del juez que ha de dictar sentencia, con el material probatorio antes de la audiencia que dé lugar a aquella.³

Este contacto por parte del Juez de Menores con el material referido se produce en distintos momentos procesales, y puede obedecer a diversos motivos. El primero que puede señalarse deriva de la regulación de la responsabilidad civil. En efecto, desde el momento en que en la LORPM se permite que, en el contexto de la pieza de responsabilidad civil, el juez pueda conocer el material probatorio ya actuado en la correspondiente fase de instrucción, así como incorporar del expediente principal a dicha pieza separada los testimonios de particulares y las actas de audiencia que considere relevantes para la decisión, se están determinando soportes legales que habilitan a la contaminación del juez, quien no debe haber conocido ni participado de elementos fácticos derivados de la instrucción del proceso.

En idéntico sentido, la LORPM contempla la posibilidad de que “ante el juez de menores” se practiquen pruebas relevantes, cuyo resultado será objeto de valoración ulterior en la correspondiente Audiencia. Este aspecto procesal aparece contemplado en el artículo 33 e)⁴ que permite la práctica de las pruebas solicitadas por la defensa, a pesar de ser denegadas por el Ministerio Fiscal en la instrucción, siempre que las considere relevantes y que no puedan practicarse en el transcurso de una audiencia sino precisamente ante él.⁵ Una vez

¹ Vid. art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida por un Tribunal independiente e imparcial. Del mismo modo, importa recordar también el sentido constitucional que tiene, en el proceso penal, la imparcialidad objetiva, única que aquí interesa. Tal sentido no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contactos previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa. (Vid. SSTC 145 Y 164/88, 11 y 106/89, 55 y 98/90, 138 y 151/91, 113 y 136/92.)

² Vid. Sentencia del TC 41/2005. Por otro lado, en aras de garantizar este derecho fundamental, nuestro ordenamiento configura determinados mecanismos que pretenden dotarlo de efectividad. En este sentido, la LOPJ regula la abstención y la recusación como soportes fundamentales del referido derecho. El art. 54.11 de la LECRIM regula como una posible causa de recusación “Haber participado en la instrucción de la causa penal”.

³ Esta cuestión no es nueva. El Juzgado de Menores de Valencia núm.1, a través del expediente 6/2001, elevó cuestión de inconstitucionalidad sobre determinadas disposiciones de la LORPM por entenderla contraria a determinados derechos fundamentales, entre ellos al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. El TC en ST de 5 de julio de 2012 (EDJ 2012/167217) entendió que tales preceptos estaban en conformidad con la Constitución Española.

⁴ Cfr art. 33 e) de la LORPM: “En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: e) practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el MF durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de una audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al MF y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia”.

⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, A., “Instrucción del procedimiento. Reglas generales”, en *Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores*, en VV.AA, CGPJ, Madrid, 2000, p. 125, haciendo referencia a la imposibilidad de recurrir la resolución del Ministerio Fiscal sobre la denegación de las pruebas solicitadas por el letrado de la defensa, especifica que el letrado podrá reproducir la petición ante el Juez de Menores, cuestión que puede plantear serios problemas de contaminación del “ juez imparcial” al poder practicar diligencias propias de la instrucción.

practicadas deberán ser remitidas al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, con carácter previo al inicio de las sesiones de la audiencia, propiciándose un contacto previo con el material sustentador del proceso, de todo punto incompatible con la contaminación y con la imparcialidad predicable de los órganos jurisdiccionales.

Un aspecto que cobra especial relevancia en las posibilidades contaminadoras de la imparcialidad judicial es el relativo a la práctica de determinadas diligencias de investigación, que por su afectación a los derechos fundamentales, deben ser autorizadas de manera exclusiva por el órgano jurisdiccional en el cual concurre la función de enjuiciar al menor investigado, cuyas diligencias necesarias a tal fin fueron autorizadas por aquel. El propio artículo 23.3 de la LORPM así lo expresa cuando dice: “El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de la investigación. El juez de menores resolverá sobre esta petición mediante auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada”. Como se observa, tal habilitación choca con los parámetros de imparcialidad predicables en toda función jurisdiccional, constituyendo una considerable disfunción sobre la que planea la sombra de la inconstitucionalidad.

En todo caso, existe problema de fondo fácilmente reconocible, que parte de la aplicación supletoria de la ley procesal penal: la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECRIM),⁶ y que permite trasladar a la LORPM —caracterizada por la existencia de un Fiscal instructor del procedimiento— una regulación que parte del principio acusatorio mixto, por el que un órgano jurisdiccional asume la función instructora, y por tanto, todas las diligencias de investigación necesarias para el esclarecimiento de los hechos que puedan ser acordadas conforme a derecho, y también la de conocer y

enjuiciar el material fáctico recabado durante la fase de instrucción. La disfunciones que origina toda esta regulación se traducen en la posible recusación del Juez de Menores, órgano jurisdiccional único, y a quien le corresponde no sólo la práctica material de tales diligencias de investigación, como puede ser la intervención telefónica del menor u otras que estime necesarias, sino también la de ser quien debe juzgarlo e imponer la medida. En este sentido, atendiendo a la supletoriedad mencionada, podría resultar de aplicación el artículo de 54.11 de la LECRIM en el que se predetermina como motivo de recusación: “Haber sido instructor de la causa”.

Ahora bien, estos argumentos no parecen bastar para declarar la inconstitucionalidad de preceptos que permiten la injerencia del Juez de Menores en la fase de instrucción. El TC en Sentencia de fecha 60/1995, de 17 de marzo, se pronunció rechazando una cuestión de inconstitucionalidad sobre la adopción de medidas cautelares adoptadas por el Juez de Menores a instancias del Ministerio Fiscal, fundada en la vulneración al juez ordinario predeterminado por la ley, resolviendo definitivamente que no existía atentado contra la imparcialidad. Esta sentencia fue dictada seis años antes de la entrada en vigor de la LORPM y sus argumentos han servido de lanzadera defensiva acerca de la inexistencia de vulneración constitucional, tanto para la doctrina como para sentencias posteriores del propio TC. En particular, DOLZ-LAGO⁷ efectúa una aplicación analógica de la referida sentencia al supuesto planteado, de tal manera que la entiende extensivamente aplicable al Juez de Menores que autoriza y practica una diligencia restrictiva de derechos fundamentales a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, si solicitando ésta aquél le fuera denegada ex artículo 26.1 en relación con el artículo 33 e) de la LORPM, entendiéndose que el Juez de Menores sería recusable si la practicara de oficio sin petición de parte. En el mismo sentido, dicha imparcialidad no se verá

⁶ La Disposición Final primera de la LORPM declara derecho supletorio a la LECRIM, en particular lo dispuesto en los trámites de Procedimiento Abreviado, regulado en el Título III del Libro IV de la misma. Como expone DOLZ-LAGO, M.J., “Algunas consideraciones sobre la entrada y registro e intervenciones postales, telegráficas y telefónicas, en el proceso penal de menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, Astigi, 2010, p. 29, “hay que tener en cuenta que el artículo 2 de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, retituló el libro IV de la LECRIM, y el Título III, relativo al procedimiento abreviado, pasó al Título II, reservándose de nuevo el Título III al procedimiento de enjuiciamiento rápido por delito. La reforma operada por la LO 8/2006 no se percató de este cambio legislativo y mantiene en la disposición primera de la LORPM la referencia al Título III del Libro IV de la LECRIM al declarar derecho supletorio el procedimiento abreviado, cuando en realidad se corresponde al Título II y no III del libro IV de la vigente LECRIM. Ello no obsta para seguir entendiéndose supletorio de primer grado el procedimiento abreviado y no el enjuiciamiento rápido para determinados delitos”.

⁷ Cfr. DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 31. También puede consultarse ARROM LOSCOS, R., *El proceso penal con implicación de menores*, Universitat de les illes Balears, IUB, Colección Assaigs Jurídics 8, 2003, p. 31.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

comprometida siempre y cuando el órgano judicial limite su resolución motivada a las peticiones del Fiscal, ya sea para aceptarlas o denegarlas, concluyendo que sólo a partir del examen particularizado de cada una de las diligencias es posible aventurar una respuesta.⁸ De ahí que, siguiendo esta doctrina, “sólo será recusable el Juez de Menores que en la práctica restrictiva del derecho fundamental hubiera abandonado una posición neutra adoptando decisiones que supongan una participación en la instrucción de la causa, con pérdida de imparcialidad objetiva”.⁹ Con carácter general, avala esta posición, el auto del TS de fecha 3 de febrero de 2011, emitido en la causa relacionada con la memoria histórica en la que estuvo implicado el Magistrado Baltasar Garzón, según el cual: “[...] se ha puntualizado, no obstante, que lo decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad estén plenamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias del caso concreto”.¹⁰

En todo caso, y en nuestra opinión, la regulación de la LORPM en materia de diligencias de investigación presenta disfunciones procesales en una materia tan básica como la afectante al derecho al juez ordinario predeterminado en la ley. En este sentido, no cabe desconocer que tal garantía constitucional se ve mermada porque la norma da pábulo a esas posibilidades en todos y en cada uno de los procesos de menores, lo que indica una alta probabilidad de vulneración efectiva, y porque al fin y al cabo el Juez deberá adoptar una decisión que podrá verse influenciada por el contacto con el material fáctico, sin que sea válida la justificación de la constitucionalidad de tales preceptos, a través del recurso relativo “a la valoración del caso concreto”, dadas las dificultades probatorias de contaminación. Por último, cabe señalar que nunca existió un procedimiento judicial donde tanto el ejercicio de la función jurisdic-

cional como la relativa al interés público y de legalidad fueran tan comunicables entre sus integrantes, ocasionando una ambivalencia funcional desconcertante.

2. Disfunciones en torno al derecho a “un proceso equitativo” en la regulación “de la Conformidad” en la LORPM

El derecho de los menores a un proceso penal equitativo fue estudiado por TEDH en sus sentencias de 16 de diciembre de 1999 (Caso Bulger: V.c. Reino Unido y T.c. Reino Unido). En las mismas se considera que este derecho es entendido en su apreciación conjunta con el derecho del acusado a participar activamente en el proceso penal, de manera que no sólo esté presente en juicio, sino que pueda escuchar y seguir el procedimiento. Esto se concreta en la exigencia esencial de que los menores acusados de una infracción penal sean tratados de una forma que tenga en cuenta su edad, su grado de madurez, su nivel intelectual, su capacidad emocional, así como la adopción de medidas que favorezcan la comprensión del procedimiento y su participación en el mismo.¹¹ En nuestra Constitución se incluye este criterio, en su artículo 24.

Pues bien, no cabe desconocer que la singularidad característica de la LORPM puede escapar al entendimiento y comprensión del menor, cuando éste es sometido a un proceso de tal naturaleza, al no resultar fácilmente comprensibles ni entendibles distintos aspectos procesales. Observase que la LORPM ofrece mayores posibilidades de contaminación judicial que la regulación referida al procedimiento de mayores, como igualmente no se puede tener certeza de qué órgano será el encargado de aprobar la solicitud de diligencias probatorias propuestas por la defensa, o cuál es la razón de por qué el Ministerio Fiscal asume en un determinado momento procesal la posición de parte, cuando inicialmente fue instructor del proceso y cuando en algún otro asumió, sin embargo, el papel de protector.¹² Estas

⁸ Cfr. SALA DONADO, C., *El proceso penal de menores: especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal*, Universidad de Gerona, 2002, p. 263.

⁹ Cfr. DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 37.

¹⁰ Vid. Auto del TS de 3 de febrero de 2011 (Sánchez-Melgar), citado por DOLZ-LAGO, ob. cit., p. 37.

¹¹ Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “Un nuevo reto para la Unión Europea: la delincuencia juvenil”, en VV.AA., *Un Derecho penal comprometido, homenaje a Landrove Díaz*, ob. cit., p. 562.

¹² Resultan interesantes, en este plano, las consideraciones de SÁNCHEZ MARTÍNEZ, FRANCISCO DE ASÍS, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores. Ley 4/1992*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 176 y ss., donde consideraba que ante el extraño protagonismo del Fiscal, el Juez se ve convertido en un “convidado de piedra” generándose una especial situación por la que se otorga a aquel un difícil papel casi esquizofrénico al asumir, por un lado, funciones punitivas, y por otro el papel de representante del menor en juicio y fuera del mismo, diciéndonos textualmente: “Así, pues, primero debe poner en evidencia al menor —hacerle asumir el rol de acusado, algo sin duda poco educativo— y luego protegerle y aplicar las medidas educativas en su interés”.

cuestiones encierran una gran complejidad no solo jurídica, sino también material, para quien adolece de la capacidad de comprensión del adulto, pudiendo dar lugar a dificultades prácticas para lograr una participación efectiva del menor en el procedimiento. En este sentido, es interesante la sentencia del TEDH de 15 de junio de 2004,¹³ la cual expresa: “El derecho a una participación efectiva se garantiza cuando el menor acusado tiene una comprensión amplia de la naturaleza del procedimiento judicial y de lo que éste representa para él, incluido el significado de la pena que se le pudiera imponer”. De ahí que sea fundamental, como garantía nuclear del proceso, que el menor conozca no sólo el alcance de la medida que se adopte, sino también, y de manera específica, el procedimiento concreto o la fase procedimental de que dimana la imposición de dicha consecuencia.

Como es sabido, la resolución que ponga fin al procedimiento no tiene por qué tener su origen en la fase de audiencia, existiendo otras fases procesales de las que puede derivar una resolución sobre el fondo. De hecho, nuestra LORPM regula toda una suerte específica de naturaleza procedimental caracterizada por su celeridad, que camina desde el reconocimiento de los hechos por el menor hasta el establecimiento de la consecuencia jurídica, siempre que ésta sea previamente aceptada por el afectado, quien además debe poseer un amplio conocimiento de sus particularidades. Tratamos, como ha podido intuirse, con el instituto de la conformidad.¹⁴ Esta institución da virtualidad no sólo a cuestiones ambientales del procedimiento, como la celeridad o la economía procesal, pretendiendo dar facilidad al cumplimiento de la medida por cuanto se hace más fácil ejecutarla si se cuenta con el consentimiento del menor. Sin embargo, entendemos que en su regulación por la LORPM, se vulnera el derecho a un proceso equitativo, como a continuación expresaremos.

La LORPM parte de la regulación de dos tipos de conformidades. La primera es conocida como

conformidad *previa a la audiencia* (artículo 32 de la LORPM),¹⁵ y la segunda es la conformidad *en el mismo acto de la vista* (artículo 36 de la LORPM). La conformidad previa a la audiencia únicamente permite llegar a ella cuando se solicite una medida distinta al internamiento, cualquiera que sea su modalidad. Esta solicitud debe ser realizada conjuntamente por el menor y su letrado, sin que de oficio pueda ser acordada por el Ministerio Fiscal o por el Juez de Menores. Sin embargo, la conformidad del artículo 36 de la LORPM nos ofrece una regulación que parece escaparse de las consideraciones subjetivas de su destinatario, tan reclamadas por las sentencias del TEDH, como son las indicaciones relativas a la madurez o a la edad, en cuanto presupuestos que pueden condicionar la acertada elección de su designio sancionador en el procedimiento.

Pues bien, el derecho a un proceso equitativo en el sentido propuesto por el TEDH se ve vulnerado, porque el artículo 36 de la LORPM permite la conformidad sobre cualquier medida de las regladas en la ley, incluida el internamiento en régimen cerrado, sin límite temporal alguno, salvo los propios del régimen general. En este sentido, la conformidad en el régimen penal de adultos puede resultar más beneficiosa, pues existen límites que impiden determinadas conformidades.¹⁶

No obstante, con la aplicación del artículo 36 de la LORPM se está permitiendo que puedan alcanzarse acuerdos para un internamiento en régimen cerrado que exceda de los seis años y un día, que, como decimos, constituye el límite temporal marcado en la LECRIM. Es más, a esta conformidad que puede alcanzarse en el mismo acto de la audiencia, puede llegarse en contra de la opinión del letrado del menor, eso sí, siempre que el Juez de Menores lo autorice, razone y motive en su sentencia, posibilidad que hace brotar reminiscencias pasadas acerca del amplio poder del juzgador en los

¹³ Cfr. GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., ob. cit., p. 562.

¹⁴ La principal ventaja que aporta el instituto de la conformidad es la posibilidad de materializar la pretensión de celeridad procedimental dando respuesta efectiva a la producción múltiple de delitos y faltas. En el caso de la Jurisdicción de menores, toda la normativa internacional incide en la idea de asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa y eficaz.

¹⁵ Vid. art. 32 de la LORPM: “Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 de artículo 7 y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite. Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad”.

¹⁶ Vid. art. 655 de la LECRIM, por el que no se permite conformar un asunto con pena superior a pena correccional, esto es, seis años y un día de prisión.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

procesos de menores. De ahí que sobre esta regulación planea de manera evidente la vulneración a un proceso equitativo, pues al menor infractor, a pesar de su edad y de la baja intensidad en su propio desarrollo emocional, se le está permitiendo aceptar la medida más severa que, sin límite alguno, le pueda imponer el Juez de Menores. Parece conveniente, por tanto, una revisión de su articulado, al contradecir los principios constitucionales e internacionales referidos.

3. Consideraciones sobre la aplicación analógica del instituto de la prescripción en la LORPM a partir de las reformas del Código Penal por la LO 5/2010 y la LO 1/2015

El instituto de la prescripción gobernada por la LORPM, tanto en lo referido a los delitos como a las medidas impuestas, parte de un doble contenido, por cuanto de manera autónoma e independiente establece plazos concretos prescriptivos en su artículo 15, y por otro lado remite de manera supletoria a las disposiciones del Código Penal en lo referente al cómputo general de los plazos de prescripción y su interrupción, que se encuentran regulados por el artículo 132 de éste cuerpo legal, sucesivamente reformado por la ley 5/2010 de 22 de Junio¹⁷ y por la LO 1/15. En particular, esta última reforma ha perdido una gran oportuni-

dad para remediar los problemas que viene planteando la prescripción en el sistema de justicia juvenil, continuando el legislador con su perpetuo silencio.

Las diferencias afectantes a la LORPM, derivadas de la reforma de la Ley 5/2010 de 22 de junio, son sustanciales con respecto al régimen anterior, sin que la actual reforma propiciada por la LO 1/15 haya ejercido influencia alguna en todo el entramado relacionado con la prescripción. En este aspecto es interesante destacar que mientras el antiguo artículo 132.2 del Código Penal establecía que “la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena”, el artículo 132.2 del Código Penal¹⁸ —Ley 5/2010— dispone que: “Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta”.

La reforma del Código Penal (LO 5/2010) origina un problema en las bases de la articulación de la interrupción de la prescripción en el ámbito de la LORPM, por cuanto deja en entredicho la capacidad

¹⁷ La reforma del Código Penal en materia de prescripción aparece justificada a través del punto IX de su Exposición de Motivos, donde se concreta “que en el ámbito de la prescripción del delito, con el objeto de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto, que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos. Para llevar a cabo esta tarea, se ha prestado especial atención a la necesidad de precisar el momento del inicio de la interrupción de la prescripción estableciéndose que ésta se produce, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable. Para entender que ello ocurre se requiere, cuando menos, una actuación material del Juez Instructor. Del mismo modo, se ha considerado necesario abordar el problema de los efectos que para la interrupción de la prescripción pueda tener la presentación de denuncias o querellas, y para ello se opta por suspender el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación, siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de la presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas”.

¹⁸ El nuevo apartado 2 del art. 132 dice: “La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes: 1ª. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta. 2ª. No obstante lo anterior, la presentación de querella o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querella o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querella o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querella o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querella o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo”.

del Ministerio Fiscal para interrumpir la prescripción de delitos y faltas cometidos por menores, al socaire de su carácter no judicial, cualidad que lo hace difícilmente conciliable con la habilitación y potestad necesaria para el dictado de “una resolución judicial motivada” que pueda originar la interrupción.¹⁹ Es en este sentido en el que cabe predicar la influencia negativa de la reforma señalada sobre la LORPM. El legislador, quien parece acudir según estime oportuno o no a un visión unitaria del ordenamiento jurídico penal,²⁰ olvida²¹ los pormenores jurídicos y procesales de la Jurisdicción de menores y la afectación que por subsidiariedad puede generar cualquier modificación en el contenido de determinadas instituciones. La situación actual se concreta en que se ha generado la existencia de resoluciones encontradas entre distintas Audiencias Provinciales, algunas de las cuales realizan una hermenéutica en contra del reo. En realidad, la mencionada reforma del Código Penal originó en esta materia disfunciones en la aplicación material del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la CE, como también en el principio de legalidad penal.

Ahora bien, la FGE en su Circular 9/11, pretendiendo salvar y paliar los efectos negativos de la reforma del Código Penal en la LORPM, propone una posible solución forzando una interpretación extensiva de los llamados “Decretos del Fiscal” afirmando

que, “no obstante la reforma del Código Penal, el decreto de incoación del expediente del Fiscal goza de capacidad interruptiva, por ser el Fiscal el instructor y quien dirige el proceso, aun cuando sólo puede producirse una vez incoado el expediente de reforma y no en las diligencias preliminares de investigación”. No obstante, a pesar del esfuerzo por parte de la FGE de otorgar dicha potencia a tales decisiones del Fiscal, éstas, de manera objetiva, no gozan del carácter jurisdiccional requerido, que queda reservada siguiendo el artículo 45 de la Ley orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) o el artículo 141 de la LCRIM a las denominadas Providencias, Autos y Sentencia emanadas directamente de los jueces y Tribunales.²²

Este argumento pretendido por la FGE ha sido válido para algunas Audiencias Provinciales. Así, la Sentencia de la AP de las Palmas de 21 de noviembre de 2011 (Recurso 24/2011),²³ acoge esta interpretación extensiva recogiendo de modo expreso que no se produce una interpretación en contra de Reo, sino que se trata de un asimilación integradora de una evidente imprevisión legal que debe completar el aplicador jurídico. Este razonamiento es también compartido por la AP de Santa Cruz de Tenerife²⁴ en sentencia de fecha de 9 de diciembre de 2013, mencionando que a través de la labor integradora realizada por los aplicadores jurídicos en este ámbito, no se hace necesario

¹⁹ Antes de la reforma, los juzgados de menores venían aplicando de manera unánime la Circular 1/2007 de 23 de noviembre, de tal manera que se entendía interrumpida la prescripción por las actuaciones del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, como consecuencia de que el referido artículo 132.2 no exigía el carácter jurisdiccional de tales resoluciones.

²⁰ No se olvide que las primeras reformas de la LORPM tuvieron como excusa la modificación del Código Penal en materia de terrorismo, y de otros delitos especialmente graves.

²¹ A este olvido se refiere igualmente la SAP de Madrid de fecha 16 de enero del año 2012, afirmando que el legislador de la reforma de 2010 ha olvidado las peculiaridades del procedimiento establecido en la LORPM y particularmente la asignación, al Ministerio Fiscal, de la función instructora ex artículos 16 y 23 de la misma.

²² *Vid.* ST AP de Guadalajara, Sentencia N° 43/12, de fecha 19 de abril de 2012, en el Recurso de Apelación 94/2012, por la que no cabe reconocer naturaleza de resolución judicial motivada, según la dicción del vigente artículo 132.2.1° del CP a los Decretos de la Fiscalía de Menores.

²³ *Vid.* Sentencia AP de las palmas de 21 de noviembre de 2011. Esta sentencia, consciente del problema surgido por la reforma del Código Penal, sigue la línea doctrinal marcada por la FGE, entendiendo que la asimilación del Fiscal de menores, en su ámbito, al juez de instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional, bastando recordar al respecto la STC 206/2003 que al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la Ley de menor refiere que en la misma se atribuyen al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción formalmente equiparable a la del sumario. Luego, al parecer de la Sala, son perfectamente equiparables los efectos del Decreto del fiscal con la resolución judicial exigida por el artículo 132.2 del CP. Por otra parte, la mención que esta Sentencia realiza a la propia del Tribunal Constitucional olvida, sin embargo, que este mismo tribunal garante del cumplimiento de los derechos fundamentales, en otra Sentencia número 30/2005 / EDJ 2005/3697, por la que vuelve a analizar la cuestión relativa al valor probatorio de las declaraciones prestadas por un coimputado menor de edad ante el fiscal de menores, se apartó de dicha doctrina, matizándola de esta manera: “la declaración inculpativa se realizó no ante un órgano judicial investido constitucionalmente de imparcialidad, sino ante el Ministerio Fiscal sin posibilidad de contradicción”.

²⁴ Sigue también esta misma línea la jurisprudencia de imprescriptibilidad de la AP de Álava en Sentencia de 22 de abril de 2012 (EDJ 2012/376335), que entiende que es bastante para interrumpir la prescripción la resolución del Juzgado de Menores o incluso el Decreto Fiscal en el que se ordena la incoación del expediente y se establece una imputación a un menor por parte del Fiscal. *Vid.* ST de Sec. 2 de la AP de Albacete, de fecha 2 de febrero de 2012 (n° 25/2012), ST de la Sec. 1ª de la AP de Badajoz de 16 de diciembre de 2011.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

elevant al legislador petición alguna de reforma legislativa de la LORPM.²⁵ Sin embargo, otras Audiencias Provinciales, como la de Barcelona en sentencia de 13 de marzo de 2012,²⁶ entiende que una aplicación coherente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace en gran parte inaplicable al proceso de menores la regulación de la prescripción contenida en el Código Penal vigente, produciéndose una situación de vacío normativo que comporta consecuencias indeseadas tanto para el legislador como para los operadores, proponiendo una reforma urgente de la LORPM que colme dicha laguna legal.

Llegados a este punto, nuestra postura no debe ser otra que la mantenida por el criterio seguido en la ST de la Audiencia Provincial de Barcelona, pues únicamente a través de una regulación autónoma del instituto de la prescripción dentro de la LORPM podrían solventarse las disfunciones materiales que se producen en la aplicación de la justicia, siempre en aras de la promoción de la Seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales. Avala esta necesidad reformadora el pronunciamiento que sobre la prescripción de las penas ha recogido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 22 de Junio de 2000,²⁷ cuando nos dice que “es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica, así como con los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción”. Esta declaración incluida en la sentencia referida aboga por llenar de contenido la Seguridad Jurídica derivada de la aplicación del instituto de la prescripción a través de la actividad legislativa, en detrimento de utilizar la vía interpretativa con los riesgos propios derivados de las contradicciones. Tal es el riesgo, que nuestro TC también se ha pronunciado al respecto acerca de la interpretación que pudiere hacerse sobre vacíos normativos relacionados con la prescripción. En particular,

la Sentencias 29/2008, de 20 de febrero, refiere que la prescripción en el ámbito punitivo está conectada con el derecho a la libertad (artículo 17 de la CE) y, por ende, sin posibilidad de interpretaciones en *malam partem* (25.1 CE), resultando conculcado el derecho a la libertad como dicen otras (127/1984, de 26 de diciembre, 28/1985, de 27 de marzo, 241/1994, de 20 de julio, 322/2005, de 12 de diciembre, y 57/2008, de 28 de abril) “[...] tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la ley como cuando se proceda contra lo que la misma dispone, y por ello los términos en los que el instituto de la prescripción penal venga regulado deben ser interpretados con particular rigor ‘en tanto que perjudiquen al reo’” [...] (SSTC 29/2008, de 20 de febrero ; y 37/2010, de 19 de julio).

4. Aspectos críticos de la fase de instrucción en la LORPM: La omnipresencia del Ministerio Fiscal y la posible afectación a garantías constitucionales

4.1. La omnipresencia de Ministerio Fiscal en la LORPM: la fase instructora y “el papa Fiscal”

Una de las características más llamativas de la LORPM es la atribución al Ministerio Fiscal de una “omnipresencia funcional” en todo el entramado procedimental derivado del sistema penal de menores. Esta omnipresencia determina que el Ministerio Público asuma potestades tan amplias que le permiten tanto ejercitar la acción penal como también realizar las diligencias de investigación necesarias para la comprobación de los hechos que se imputen al menor, así como a falta de progenitores, tutores o guardadores, suplir tal defecto, aunque representado por otro individuo perteneciente al Ministerio Público.²⁸ No obstante, para parte de la doctrina, estas extensas facultades en realidad no se ajustan a la realidad. DOLZ LAGO entiende que no hay instrucción del Fiscal propiamente dicho,

²⁵ Vid. Sensu contrario la ST de la AP de Tarragona, Sección 4, número 474/2012, de 17 de octubre, que entiende necesario elevar petición de reforma a la LOPRM.

²⁶ Vid. la ST de la AP de Barcelona de 13 Marzo de 2012 (EDJ 2012/61335). También en esta misma línea, por la que no se atribuyen efecto de interrupción de la prescripción a los denominados Decretos del Fiscal, cabe destacar la ST de la AP de Lleida de Sec. 1ª de fecha 9 de noviembre de 2012 (Nº 370/2012). Debe mencionarse igualmente la ST AP de Burgos, de 25 de junio de 2012 (EDJ 2012/157863), que entiende que el Decreto del Fiscal, a pesar de ser una resolución motivada, no constituye una resolución judicial a los efectos de la LOPJ. También consultar otras ST como la de la AP de Murcia de 3 de diciembre de 2013 (EDJ 2013/259050).

²⁷ Vid. la ST TEDH de 22 de junio de 2000, referida al caso Coëme c. Bélgica, § 146.

²⁸ La conocida función de “papa Fiscal” puede contradecir los postulados del artículo 24.1 de la Constitución en cuanto al consagrado principio de unidad de actuación de la Fiscalía.

pues no instruye al modo de la clásica instrucción judicial, ni siquiera investiga, sino que realiza una labor cuasi-burocrática de acopio de certificaciones o dictámenes, que ciertamente determinan que no exista instrucción en dicho expedientes, dada su simplicidad y abundantes confesiones existentes. Es decir, según esta posición, el Ministerio Fiscal no investiga, sino que adquiere un rango de órgano administrativo de formación de un expediente preliminar²⁹ en el que se van uniendo materiales diversos —atestados de la policía judicial, informes del equipo técnico, certificaciones del registro civil, informes periciales sobre la valoración de daños— para decidir qué hacer con el menor infractor; de tal manera que cuando la policía participa la implicación de un menor es porque éste ha confesado, o existen suficientes diligencias de pruebas para implicarlo, que harían innecesaria una investigación posterior del fiscal. En definitiva, según esta posición, el fiscal no investiga porque no tiene nada que investigar, quedando el ejercicio de esa potestad para supuestos muy residuales, donde la Fiscalía de menores puede asumir y llevar a cabo un papel de efectiva dirección en la investigación.³⁰ Esta visión también es compartida por algunos autores que entienden que el Fiscal es un órgano administrativo y sus pesquisas, aunque estén destinadas a incorporarse a un proceso judicial futuro, no son actos jurisdiccionales; el proceso penal comienza más tarde, una vez que el juez de menores recibe el expediente del Fiscal, con su escrito de alegaciones.³¹ Se alude, por tanto, a la naturaleza administrativa y no procesal de la denuncia presentada ante el Fiscal o la policía judicial y de ahí la correlativa consecuencia exigida por la ley de la necesidad de comunicación al órgano judicial.³²

En este sentido, de admitirse la naturaleza administrativa del Fiscal en el proceso de menores, cabe cuestionar la validez de las diligencias practicadas a su criterio, que permite equipararlas a las llamadas diligencias policiales, que poseen una eficacia muy limitada en el proceso de adultos. En todo caso, nuestro TC³³ se ha pronunciado sobre el valor de las diligencias de investigación iniciadas por el Ministerio Fiscal, otorgándole un valor superior a las diligencias puramente gubernativas o policiales.

En contra de esta postura, Ríos Martín,³⁴ retrotrayéndose a la anterior LO 4/1992, ejemplifica su posición afirmando que se atribuyen facultades jurisdiccionales hasta el punto de que si el juez tuviera conocimiento de la comisión de algún delito o falta por algún niño mayor de 12 años, debería ponerlo en conocimiento del Ministerio Público. De esta manera, el Fiscal, además de tener la potestad de incoar el expediente, dirige la investigación de los hechos e impulsa el procedimiento correspondiente. Esta situación implica una clara violación del principio de unidad jurisdiccional establecido en el artículo 117 de la CE, en el que se establece que la justicia se administra por juez y magistrados integrantes en el poder judicial.

Otras de las funciones que asume el Ministerio Fiscal en la LORPM es la de representar al menor imputado, ante la ausencia de padres, tutores o guardadores legales, que se antoja cuanto menos curiosa para éste, de manera que mientras interroga al detenido, otro compañero conocido como “papa Fiscal”³⁵ observa la declaración en sustitución de los padres, tutores o guardadores, y con asistencia letrada. Esta posibilidad plantea problemas de garantías y de definición de términos, pues pone en cuestión si deben pertenecer a la misma institución tanto el que acusa como el que

²⁹ Cfr. MARTÍN PASTOR, J., *La dirección de la investigación oficial por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores*, Anuario de justicia de Menores, Astigi, 2003, p. 80. Este autor, acertadamente, hace una pregunta: ¿Qué ha motivado que la fiscalía se haya convertido en una oficina administrativa de recolección de documentos, más que un ente investigador de pruebas? Para DOLZ LAGO, “la respuesta no sólo procede de la escasa tradición investigadora propia de las Fiscalías, ni de sus escasos recursos personales y materiales, ni de la práctica de evitar dilaciones prescindiendo de testimonios o declaraciones que, inevitablemente, tienen que reproducirse ante la autoridad judicial, sino, más bien, de la escasa entidad objeto de la investigación y de numerosas confesiones de los menores infractores”.

³⁰ Cfr. DOLZ LAGO, *El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la ley Orgánica de la ley 4/1992*, Fiscalía General del Estado, Madrid, 1995, pp. 857-894.

³¹ Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, A.M., “Instrucción del procedimiento de menores, diligencias previas y preliminares”, p. 5. Disponible en: www.fiscalia.org.

³² *Vid.* TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 127.

³³ *Vid.* la ST del TC 206/2003, de 1º de diciembre.

³⁴ Cfr. RÍOS MARTÍN, J.C., *ob. cit.*

³⁵ Tanto el Fiscal instructor como el que asiste al menor se encuentran sometidos a las mismas finalidades del artículo 1º del Estatuto Orgánico de Ministerio Fiscal en cuanto que pertenecen a la misma institución, siéndoles de aplicación los principios de jerarquía y de unidad de actuación.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

protege ante la acusación, y, sobre todo, si en esta función de protección cabe insertar la posibilidad de dar instrucciones al menor. En este aspecto, la solución propuesta por la LORPM es insatisfactoria cuando menos errónea.³⁶ Este autor, con quien nos mostramos conformes, ofrece una solución que ya aparece pre-determinada en la propia ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 8, que referido a “la integración de la capacidad procesal” de los incapaces —y el menor lo es— permite el nombramiento de un defensor judicial mediante providencia, lo cual supone, de por sí, un expediente rápido y sencillo.³⁷ A este respecto, cabe decir que la figura del defensor judicial a que se refiere el artículo 163 se complementa mucho mejor que el nombramiento de un miembro del Ministerio Fiscal, con las necesidades del menor. La falta de capacidad de obrar no se integra con la mera presencia de alguien de forma pasiva, sino que el defensor judicial, nombrado para un asunto concreto, tiene funciones activas, relativas a la ordenación de lo necesario para el asunto para el que se nombra, en la misma medida que quienes ejercen la patria potestad.³⁸

Como acertadamente pone de manifiesto el autor citado, una de las funciones que deberá asumir el defensor judicial será la de contratar los servicios de un abogado —cuya presencia es preceptiva— o solicitarlo de oficio, lo que, de igual modo, implica una declaración de voluntad para cuya emisión es precisa la plena capacidad de obrar.³⁹ Siendo evidente que, en caso de detención y desamparo, deba citarse a la entidad pública que por Ministerio de la Ley asuma la tutela conforme al artículo 172 del Código Civil,

quien deberá ser nombrada defensora judicial disponiendo de lo necesario para que el interrogatorio del menor, tanto en las diligencias policiales como en presencia del Ministerio Fiscal en su caso, se realice garantizando el derecho de defensa a través de letrados nombrados por la misma. Se hace, pues, necesaria una reforma de la ley en los términos expuestos.

En nuestra opinión, resulta difícil entender la razón de la potestad jurídica que otorga a un órgano administrativo la posibilidad de decidir o no la apertura de un procedimiento estrictamente judicial, habida cuenta de que el Ministerio Fiscal no se limita hacer acopio de diligencias, sino que entra en una íntima relación con lo actuado, asumiendo una función que le permite dar un destino jurídico y razonado a aquellas, y sustentar o no una pretensión judicial, encarnando funciones que se alejan de la esfera administrativa y que se acercan a la estrictamente judicial. De hecho, en la fase inicial de procedimiento le está permitido realizar las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión,⁴⁰ pudiendo en consecuencia admitir o no una denuncia, o no incoar el expediente en virtud del artículo 18 de la LORPM,⁴¹ realizando por tanto funciones reservadas a la potestad jurisdiccional. De hecho, en esta línea, la principal afrenta contra la anterior doctrina parte de la propia naturaleza jurídica de la institución del Ministerio Fiscal, por cuanto éste aparece condicionado por su carácter de órgano no judicial,⁴² que a la postre implica la desposesión técnica de la potestad necesaria para decidir la apertura de un procedimiento penal de esta naturaleza, dado que

³⁶ Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley reguladora de la responsabilidad de los menores”, en *Anuario de Justicia de Menores*, Astigi, 2003, p. 131.

³⁷ Vid. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 131.

³⁸ Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 133.

³⁹ Cfr. NOGUERIA GANDÁSEGUI, S., ob. cit., p. 133.

⁴⁰ Cfr. art. 16.2 de la LORPM: “Quienes tuvieren la noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma”.

⁴¹ Cfr. art. 18 de la LORPM: “El MF podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes especiales. En tal caso, el MF dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

⁴² La dirección de esta fase procedimental se atribuye a un órgano distinto del juez de menores, en concreto al Ministerio Fiscal, con la finalidad de preservar la necesaria imparcialidad del órgano judicial en un momento posterior, quien acometerá el enjuiciamiento de los hechos. Como acertadamente expone ARROM LOSCOS, en proceso penal, ob. cit., p. 57: “Dicha atribución al Ministerio Fiscal no es más que el reflejo de un opción legislativa, pues la finalidad perseguida, la citada imparcialidad del juzgador, podría haberse alcanzado también, atribuyendo la investigación al juez de instrucción”.

tal facultad decisoria se inserta dentro de la función jurisdiccional. Avala esta cuestión el hecho de que la propia LORPM, en su artículo 16,⁴³ ordene al Ministerio Público dar cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien debe iniciar las diligencias de trámites correspondientes.

4.2. Afectación al derecho de defensa ex artículo 24.2 de la CE

Como venimos repitiendo a lo largo de éste capítulo, al Ministerio Fiscal en el proceso de menores se le ha dotado de un conjunto de funciones y potestades que rivalizan con las judiciales en cuanto a la importancia de su contenido, pues no sólo se le dota de funciones inspectoras, sino también decisorias, al ser el único acusador legitimado para actuar en el proceso penal de menores decidiendo sobre la oportunidad de iniciar o no el proceso.⁴⁴ Esto significa que la primera imputación al menor sobre los hechos, se realizará mediante una resolución del fiscal conocida como “Decreto de incoación”, que se dicta tras la realización de las previas comprobaciones derivadas de las diligencias preliminares, donde deberán recabarse los indicios existentes que justifican la incoación de expediente⁴⁵ y que puede nacer sin necesidad de que el menor sea previamente oído.

La inexistencia de una fase intermedia en el proceso de menores trae como consecuencia la posibilidad de que el menor conozca por primera vez la imputación de los hechos en el momento de darle traslado al Juez de Menores del escrito de alegaciones del Fiscal, de acuerdo con el artículo 31 de la LORPM después de la apertura del trámite de audiencia, de modo que el menor no habría declarado con anterioridad como imputado.

Con base en STC 186/1990, 100/1996, 149/1997, una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le atribuyen antes de ser acusado, que el juez instructor está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testifical cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

Es en esta línea, donde encontramos el origen de la disfunción, por cuanto la LORPM omite la obligatoriedad de la audiencia al menor ante el instructor. Téngase en cuenta que el propio artículo 26.2 de la LORPM parte de la posibilidad de que aquél no haya declarado todavía, pues aunque el letrado pida la declaración, y aunque el Fiscal está obligado a recibirla, esta obligación puede decaer en el caso de que hubiere concluido la instrucción y hubiese elevado el expediente al juzgado de menores, sin más trámites. En este sentido, no compartimos la opinión de algunos autores,⁴⁶ que entienden que es difícil que en la práctica se produzca la posibilidad de que sea legalmente posible que el Fiscal acabe la instrucción sin haber oído al menor.⁴⁷ Entiende, en este sentido, SALOM ESCRIVÁ que es de aplicación la doctrina del TC sobre el procedimiento abreviado —STC 185/1990, de 15 de noviembre— y, en consecuencia, el Fiscal no podrá redactar el escrito de alegaciones —equivalente al de acusación— sin haber oído previamente al menor o dado al mismo la posibilidad de declarar.

Ahora bien, la integración legal en la fase de aplicación de la ley siempre es peligrosa, en cuanto que autoriza a indebidas omisiones fundamentales. En

⁴³ *Vid.* art. 16.1 de la LORPM: “Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1º de esta ley. 2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de 18 años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no trámite de la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas y documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la aprobación del hecho y de la responsabilidad del autor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma. 3. Una vez efectuada las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes”.

⁴⁴ *Cfr.* SALOM ESCRIVÁ, J.S., “La intervención de Ministerio Fiscal en el proceso de exigencia de responsabilidad penal de menores”, en *VV.AA., Justicia penal de menores y jóvenes, análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 221

⁴⁵ *Cfr.* SALOM ESCRIVÁ, J.S., *ob. cit.*, p. 223.

⁴⁶ Por todos: SALOM ESCRIVÁ, J.S., *ob. cit.*, p. 223. Este autor considera de suma importancia la declaración del menor en presencia del Ministerio Fiscal, porque ello servirá para que el menor ratifique su declaración ante la policía o la modifique o se retracte de ella, circunstancias que debe tener en cuenta el Fiscal y valorarlas antes de redactar su escrito de alegaciones.

⁴⁷ Posibilidad observada por Alberto M. López, que considera de suma importante la declaración del menor ante el Ministerio Fiscal, por cuanto servirá para que el menor ratifique su declaración ante la policía o la modifique o se retracte de ella, circunstancias que debe tener en cuenta el Fiscal y valorarlas antes de redactar su escrito de alegaciones.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

este sentido, la omisión de dicha obligatoriedad *ex lege* por los artículos 26.2 y 31 de la LORPM llevó al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado de Menores de Valencia, que a través del auto de fecha 19 de junio de 2001 denunciaba lo siguiente: “[...] Se advierte que, en el caso, el menor no declaró ante el instructor ni ante el Juez de Menores ante el juicio oral, siendo inaceptable, en opinión del órgano judicial proponente, que el menor haya estado internado en régimen cerrado sin haber podido defenderse o cuestionar su detención ante el propio instructor del expediente”.⁴⁸ El planteamiento de esta cuestión de inconstitucionalidad pone entre las cuerdas la fase preliminar prevista por la LORPM, porque no prevé un trámite de audiencia al expedientado durante la instrucción, paralelo al de la adquisición de la condición de imputado en la instrucción penal, en la medida en que dichos preceptos no exigen que el instructor oiga al menor como imputado antes de formular acusación.⁴⁹ La sentencia del TC de 5 julio de 2012 resuelve negativamente la cuestión de inconstitucionalidad propuesta, con un argumento material, como es la existencia en Ley de otros trámites relevantes en el ejercicio del derecho de defensa del menor en la fase de instrucción, y con otro de índole más formal, pues se justifica tal ausencia de regulación ante la necesidad de reducir trámites procesales durante la instrucción del expediente, en aras de que

el proceso penal de menores se encuentra inspirado en este principio, intentando evitar la estigmatización y los efectos desfavorables en el menor que la propia sustanciación del proceso o su excesiva duración puedan ocasionarle.⁵⁰

En definitiva, tratamos con un omisión que genera una disfunción procesal consentida por el legislador. Si acudimos de manera comparativa a la reglamentación garantista de tal derecho proclamado en la LECRIM, puede observarse con detenimiento que los menores en esta fase inicial del procedimiento no cuentan con las garantías procesales previstas en los artículos 118 y 789.4 de la LECRIM, como consecuencia de que, una vez recibida la denuncia por el Ministerio Fiscal, éste puede proceder directamente conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la LORPM o, lo que es lo mismo, puede llevar a cabo la práctica de las diligencias que estime pertinente para la comprobación del hecho e investigar la responsabilidad del menor en su comisión, pero sin necesidad de que el afectado tenga conocimiento de la existencia de la *notitia criminis*, ni tampoco de la iniciación de diligencias en su contra para la averiguación de aquellos; dado que la regulación procesal de la LORPM provoca un traslado fortuito del principio de contradicción —que posee naturaleza universal en todo procedimiento judicial propio un estado de derecho— hasta prácticamente la fase ulterior de intervención judicial.⁵¹

⁴⁸ Esta cuestión de inconstitucional se planteó por el Juzgado de Menores de Valencia a través del auto de fecha 19 de junio de 2001, por el que dicho juzgado decidió elevar a cuestión de inconstitucional determinadas disposiciones de la LORPM, entre ellas los artículos 26.2 y 31 de la misma, razonando el órgano judicial con base en las STC 186/1990, 100/1996, 149/1997 y otras citadas por éstas, conforme a las cuales una de las garantías del derecho al proceso justo reside en que el sometido a un proceso penal adquiera la condición de imputado para conocer los hechos que se le imputan antes de ser acusado, que el juez de instrucción está obligado a oír al acusado antes de cerrar la instrucción e ilustrarle de sus derechos, así como que no se puede recibir declaración testimonial cuando de las diligencias pueda inferirse la sospecha de que el declarante ha participado en el hecho punible.

⁴⁹ Vid. STC Pleno de 5 de julio de 2012, “Antecedentes del hecho”, apartado b).

⁵⁰ Vid. STC Pleno de 5 de julio de 2012, p. 22. De igual modo, la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 hace una referencia importante sobre la instrucción del proceso penal del menor. La primera es la necesidad de simplificarla y agilizarla, debiendo circunscribirse a la práctica de aquellas diligencias imprescindibles para decidir el sobreseimiento o la acusación, que sean distintas de las producidas por la Policía Judicial en el atestado o el propio Fiscal en la fase preliminar. Y la segunda, que será la fase de audiencia (la vista), con mayor importancia que en el procedimiento de adultos, donde se realizarán los informes y pericias que el caso requiera, evitando el alargamiento de la instrucción, ya que en éste procedimiento no es de aplicación estricta el principio de proporcionalidad infracción-sanción, por lo que la concreta determinación, por ejemplo, de los días de curación de la víctima, no es imprescindible para deducir la propuesta final del Fiscal.

⁵¹ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 15 de enero de 2000, p. 327. “[...] La instrucción del expediente, exceptuadas las medidas cautelares, las diligencias restrictivas de los derechos fundamentales, la declaración del secreto y la preconstitución de la prueba, deviene competencia y responsabilidad de Fiscal, desplazándose la tutela judicial efectiva sobre las vicisitudes acaecidas en el desarrollo de la investigación a una fase ulterior del proceso, tras la presentación del oportuno escrito de defensa [...]”

⁵² La polémica sobre lo que se ha denominado “metamorfosis del Ministerio Fiscal” no es nueva. Ésta se inicia con la conocida Sentencia de TC de 36/1991 de 14 de febrero, que declaró inconstitucional buena parte de los preceptos de la LTTM, que fueron considerados no conformes con las garantías constitucionales; declarando inconstitucional un proceso de naturaleza inquisitiva, que propició un vacío normativo a expensas de la promulgación de la nueva ley. Fue la Ley 4/1992, de 5 de junio, la que atribuyó al MF la dirección de la investigación y la iniciativa procesal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. Ocurre, así, que las facultades que atribuía aquella ley al Fiscal son idénticas a las que actualmente asume.

A pesar de las quiebras objetivas denunciadas, algún sector doctrinal sostiene que no es procedente ni oportuno denunciar la posible inconstitucionalidad de la LORPM, alegando que el Ministerio Fiscal,⁵² en esta etapa preliminar del procedimiento, ejerce una función administrativa—*como anteriormente hemos expuesto*—, y que la auténtica fase judicial comienza cuando el Juez de Menores recibe el expediente incoado por aquel; por lo que no pueden ser extrapolables los parámetros recogidos en la LECRIM a la LORPM para paliar las fuertes restricciones que sufren tanto el derecho de defensa como el de contradicción, en la etapa preliminar. Por otro lado, no faltan quienes sostienen una postura mixta o intermedia,⁵³ por la que la naturaleza de la fase preliminar participa de elementos administrativos y jurisdiccionales, debido a que en esta etapa se producen actos procesales reservados a la exclusiva potestad jurisdiccional.

En nuestra opinión, no podemos compartir ninguna de las posturas recogidas en las líneas anteriores, en aras de preservar el derecho fundamental a la defensa que posee todo imputado. En este sentido, que se reconozca que en la fase preliminar del procedimiento se producen fuertes restricciones del derecho de defensa y del principio de contradicción conforme a una tarea administrativa, no significa que desde el punto de vista administrativo tales restricciones deban ser admisibles. Por otro lado, la LORPM contiene un ritual que sirve de complemento al Código Penal, del que además absorbe sus tipos, las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la protección a los bienes jurídicos, siendo supletoria en sus disposiciones a lo predeterminado en aquella, por lo que no cabe calificar otra cosa, en aras de la seguridad jurídica, que su merecimiento como una norma que contiene disposiciones procesales de naturaleza judicial, pero con una fase preliminar injustificadamente inquisitiva. Es más, no entendemos que la necesidad de evitar los efectos desfavorables que en el menor puede producir la propia sustanciación del proceso o su duración excesiva, trate de remediarse justificando la falta de un encuentro personal obligatorio del menor con el instructor del expediente, quien puede instar la

incoación del mismo y poner de manifiesto la existencia de indicios racionales de criminalidad sobre el infractor, sin oírlo personalmente. No estamos de acuerdo en que dicha falta pueda ser colmada a través de su presencia en la fase de audiencia ante el órgano judicial, como única posibilidad exculpatoria física del mismo, pues pretendiéndose evitar la estigmatización de menor en cuanto a que se encuentra sometido a un procedimiento judicial, paradójicamente debe esperar a la cumplimentación de todas las fases procesales que van a tramitarse hasta llegar a la fase de audiencia, para al fin encontrarse físicamente con quien puede oír su versión de los hechos. De esta realidad se infiere toda una suerte de *deshumanización procesal* de tal naturaleza, que hasta la fase de audiencia únicamente constan las circunstancias personales de identidad del menor como únicos elementos de los que ha tomado conciencia el juzgado.⁵⁴ Con todo, la brevedad del proceso no siempre se podrá conseguir, dadas las dificultades procesales para la localización de testigos o incluso para recabar informes periciales, y demás avatares procedimentales, por lo que sería conveniente, en todo caso, a pesar de los argumentos materiales proporcionados por la Sentencia del Tribunal constitucional antes mencionada, oír al menor con carácter previo a todo trámite procesal, dadas las mayores posibilidades de alcanzar el sobreseimiento en aras de la salvaguarda del propio interés superior del menor, para evitar precisamente el sometimiento de mismo a la dilación inherente a todo procedimiento judicial del que el proceso de menores tampoco escapa.

4.3. *Afectación al Derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la CE*

Una de las peculiaridades más llamativas de la institución del Ministerio Fiscal en este procedimiento es que sus resoluciones poseen un carácter “no judicial”. Estas resoluciones, denominadas decretos, tienen la característica insólita de que no *puedan ser recurribles*, haciendo imposible su impugnación a pesar de ser desfavorables para el menor. Es decir, no cabe recurso alguno frente a la admisión de denuncia, como

⁵³ Esta línea es mantenida por DE LA OLIVA SANTOS, Á./ARAGONESES MARTÍNEZ, S./HINOJOSA SEGOVIA, R., *Derecho procesal penal*, Cera, 2004. También *vid.* MONTERO AROCA, J./ ORTELLS RAMOS, M./ GÓMEZ COLOMER, J.L./ MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, III, Tirant lo Blanch. Valencia. 2014.

⁵⁴ Realmente, que el protagonismo y la participación del menor en el procedimiento de menores, hasta que llega la fase de audiencia, se reduzca a figurar de manera formal en el mismo, a través de una mera consignación de sus datos personales en el expediente, impide su participación efectiva y por tanto apunta a una posible vulneración del derecho a un proceso judicial equitativo en los términos referidos.

Disfunciones procesales y garantías constitucionales

tampoco sobre los distintos archivos que pudieran recaer en la fase preliminar, ya sea por causa de edad, por causa de no constituir infracción penal, por prescripción o por concurrir una excusa absolutoria.

Igualmente cabría contar con la operatividad de las llamadas causas de exención de la responsabilidad criminal, referidas por el Código Penal en sus artículos 20.1, 20.2 y 20.3, para la enajenación mental, trastorno mental transitorio, intoxicación plena por ingestión de bebidas alcohólicas o drogas tóxicas, o alteración en la percepción con grave alteración de la conciencia de la realidad, pues la apreciación de las mismas permite al Ministerio Fiscal dar igualmente por concluido el expediente *de manera inapelable*, solicitando del Juez de Menores la aplicación de las medidas que corresponda —artículos 5.2 y 7.1, letras d) y e), internamiento terapéutico o tratamiento ambulatorio—, quien deberá dar su fallo en sentencia y no a través de un auto de sobreseimiento libre, al resolverse

sobre la aplicación de una consecuencia jurídica relevante para los intereses del menor.

En todo caso, la circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 buscó una respuesta jurídica ante el carácter inimpugnable de los decretos emanados de los fiscales, afirmando que aquellas, no contienen un juicio definitivo sobre el fondo de la cuestión, sin que nada impida su revisión futura. La respuesta de la FGE en la circular señalada no produjo ningún efecto sedante en torno al citado carácter no impugnabile de las decisiones de los representantes jerarquizados de aquella institución, pues, como ha venido declarando el Tribunal Constitucional de manera reiterada, el acceso al recurso forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de nuestra Constitución, que, sin embargo, no ha sido tenido en cuenta por el legislador, en aras de garantizar la protección judicial efectiva sobre el desarrollo de la fase preliminar de la LORPM.