DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores.

Referencia: FIS-C-2011-00009

ÍNDICE

I. Introducción; II. La prescripción en la jusrisdicción de menores; II. 1. La prescripción en Diligencias Preliminares; II. 2. La interrupción de la prescripción en el Expediente de Reforma; II. 3. Actos interruptivos subsiguientes; II. 4. Supuestos de ampliación de expediente; II. 5. Supuestos contemplados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010; II. 6. La prescripción en causas remitidas por inhibición de los Juzgados de Instrucción; III. Reglsa para la determinación de las medidas; III.1. Interpretación del art. 10.1.b, segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM, respecto a las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada; III. 2. Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual; IV. Fase de instrucción; IV. 1. Algunas cuestiones relativas a la detención de menores; IV.1.1. Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial; IV.1.2. Requisitorias expedidas desde Fiscalía; IV.1.3 Asistencia de los representantes legales en la declaración del menor infractor; IV.1.4. Asistencia a menores detenidos; IV.1.5. Menores emancipados detenidos; IV.1.6. Mayores de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores; IV. 2. Representación de menores; IV.2.1. Representación de menores no detenidos; IV.2.2. Incompatibilidad entre el menor y sus representantes y designación de letrado; IV.3. Notificación de expediente al menor imputado; IV. 4. Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad; IV. 5. Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM); IV.5.1. Desistimientos del art. 18 LORPM; IV.5.2. Sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa (art. 19 LORPM); IV.5.3. El sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM; IV. 6. Intervención del Equipo Técnico; IV.6.1. Informes orales en faltas; IV.6.2. Intervención de uno o todos los profesionales del Equipo Técnico en el informe; IV. 7. Auxilios Fiscales; IV.7.1. Comunicaciones entre Fiscalías en las que se evitará recurrir al auxilio fiscal; IV.7.2. Auxilios fiscales para declaración de imputados; IV.7.2.1. Competencia para decidir la detención en caso de incomparecencia; IV.7.2.2. Menores detenidos en diferente provincia de aquélla donde se instruye o se ha de instruir el expediente; IV.7.3. Auxilios fiscales en los que se plantee o proceda alguna de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM; IV.7.4. Otras cuestiones: Idioma. Labor coordinadora de los Fiscales Delegados y resolución de eventuales controversias; IV.7.5. Declaración mediante videoconferencia en audiencia de quienes hubieran sido oídos en vía de auxilio; V. Fase de enjuiciamiento; V. 1. Impulso de la celeridad; V. 2. Tesis; V. 3. Salida del menor expedientado de la sala de vistas; V. 4. Presencia del Equipo Técnico en la audiencia; V. 5. Celebración de la audiencia a puerta cerrada; V. 6. Prohibición de identificación; VI. Suspensión de condena; VII. Cuestiones relativas al recurso de casación; VIII. Cuestiones relativas a la ejecución; VIII. 1. Uso de video conferencia; VIII. 2. Ejecución de la medida de permanencia de fin de semana; VIII. 3. Régimen disciplinario; VIII. 4. Registros de ropa y enseres; VIII. 5. Ejecución de la medida de internamiento terapéutico; VIII. 6. Refundiciones; VIII. 7. Inspecciones a Centros de Internamiento; VIII. 8. Visitas de Letrados a Centros; VIII. 9. Supervisión de la situación de los hijos de menores infractores ingresados en Centros; VIII. 10. Menores ejecutoriados en situación de desamparo; VIII. 11. Abono de

medidas cautelares; IX. Condena en costas; X. Cuestiones relativas a la responsabilidad civil; X. 1. Determinación del *quantum* indemnizatorio; II.-X. 2. Responsabilidad civil y emancipación; X .3. Cuestiones relativas a la ejecución de las disposiciones civiles de la sentencia; X. 4. Otras cuestiones; XI. Relaciones con los medios de comunicación. XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, *por la que se regula la responsabilidad penal de los menores* (en adelante, LORPM) ha configurado al Ministerio Fiscal como verdadera piedra angular sobre la que se apoya todo el procedimiento.

Coherentemente, la importancia que desde la Fiscalía General del Estado se ha dado a la exégesis aplicativa de la LORPM tiene su reflejo en la profusa doctrina que desde su entrada en vigor aquélla ha generado, a través de Circulares, Instrucciones y Consultas, dando lugar a un relevante *corpus* doctrinal.

A modo de recordatorio debemos citar la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores ;* la Instrucción 1/2000, *sobre la necesaria acomodación a la LORPM de la situación personal de los menores infractores que se hallen cumpliendo condena en centro penitenciario o sujetos a prisión preventiva;* la Instrucción 2/2000, *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías ante la entrada en vigor de la LORPM ;* la Circular 2/2001, *sobre la incidencia de las Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre, en el ámbito de la jurisdicción de menores ;* la Consulta 1/2002, *sobre ejecución de sentencias firmes recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme a la LO 5/2000,* la Instrucción 3/2004, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de Menores de Fiscalía;* la Consulta 3/2004, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores ;* la Consulta 2/2005, *sobre el discutido derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su letrado antes de prestar declaración en fases previas a la incoación del expediente,* la Consulta 4/2005, *sobre determinadas cuestiones en torno al derecho a la asistencia letrada en el proceso penal de menores;* la Instrucción 10/2005, *sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil;* la Instrucción 5/2006, *sobre los efectos de la derogación del art. 4 LORPM, prevista por LO 8/2006,* la Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.*

Además, por la Unidad Coordinadora de Menores se elaboraron sendos borradores que cristalizaron en la Circular 1/2009, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento* y la Circular 1/2010, *sobre el tratamiento desde el sistema de justicia juvenil de los malos tratos de los menores contra sus ascendientes,* así como varios dictámenes sobre distintas cuestiones objeto de duda en el ámbito de la actuación del Fiscal en materia de responsabilidad penal de menores.

La importancia de la doctrina de la Fiscalía General del Estado en materia de responsabilidad penal de los menores cobra especial relieve si se repara en el hecho de que el recurso de casación previsto en la LORPM -configurado en términos muy restrictivos- ha impedido que se elabore una jurisprudencia específica para este ámbito, y simultáneamente ha provocado la dispersión de criterios derivada de los pronunciamientos de las distintas Audiencias Provinciales.

Por otra parte, la LORPM ha sufrido cuatro reformas, dos incluso antes de entrar en vigor - Leyes Orgánicas 7 y 9/2000, de 22 de diciembre — y dos, durante su todavía escasa vigencia - Leyes Orgánicas 15/2003, de 25 de noviembre y 8/2006, de 4 de diciembre. También ha experimentado un desarrollo a través del Reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (en adelante, RLORPM).

La recapitulación de las nuevas pautas interpretativas asentadas en la materia, labor de interpretación y reflexión que acomete la presente Circular, debe estar inspirada por los principios generales que conforman el Sistema de Justicia Juvenil y que pueden además servir

para comprobar si las funciones encomendadas en este ámbito al Fiscal están siendo ejercitadas correctamente.

En primer lugar, el principio del superior interés del menor, que tiene como una de sus más importantes derivaciones la de que el sistema no pivota tanto sobre la inexorabilidad de la respuesta sancionadora como sobre la recuperación del menor para la sociedad, con la consiguiente orientación educativa de las medidas y de su ejecución, dirigidas a facilitar a su destinatario el proceso de formación como persona responsable, respetuosa con los bienes jurídicos ajenos y socialmente competente. El principio de flexibilidad en la selección de la medida y en su duración, así como en la ejecución (posibilidad de cancelación, reducción o sustitución de las medidas impuestas atendiendo a la evolución del menor), la desinstitucionalización (privación de libertad como *ultima ratio)* y la desjudicialización (utilización del principio de oportunidad en sus diversas variantes) son lógicos corolarios de este principio en la jurisdicción de menores.

En segundo lugar, el principio de protección de las víctimas, subrayado con vigor en la Exposición de Motivos de la LO 8/2006, cuando declara que *se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados* partiendo de que el interés superior del menor no es *único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.*

En tercer lugar, en un plano procesal, el principio de celeridad. Las Naciones Unidas han potenciado la promoción de este principio en la jurisdicción de menores, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966 (art. 10.2.2 b), de la Convención de Derechos del Niño (art. 40.2) y de las Reglas de Beijing (regla 20). El comentario oficial a esta regla 20 refiere que *la rapidez en la tramitación de los casos de menores es de fundamental importancia. De no ser así, peligrarían cualesquiera efectos positivos que el procedimiento y la resolución pudieran acarrear. Con el transcurso del tiempo, el menor tendrá dificultades intelectuales y psicológicas cada vez mayores, por no decir insuperables, para establecer una relación entre el procedimiento y la resolución, por una parte, y el delito, por otra.* También el punto 52 de la Observación General núm. 10 (2007) del Comité de Derechos del Niño recomienda que *los Estados Partes fijen y respeten plazos con respecto al tiempo que puede transcurrir desde que se comete un delito y concluye la investigación policial, el fiscal (u otro órgano competente) decide presentar cargos contra el menor y el Tribunal u otro órgano judicial competente dicta sentencia definitiva. Estos plazos deben ser más cortos que los establecidos para adultos. Pero al mismo tiempo, las decisiones que se adoptan sin demora deben ser el resultado de un proceso en el que se respeten plenamente los derechos humanos del niño y las garantías legales.*

El Consejo de Europa también ha prestado gran atención a este principio en la Recomendación Rec (1987) 20 del Comité de Ministros, en su punto cuarto y en la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su regla 14 y, últimamente, en la regla 9 de la Recomendación Rec (2008)11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Reglas Europeas para infractores juveniles sometidos a sanciones o medidas, adoptada en fecha 5 de noviembre de 2008.

El principio de celeridad debe, en definitiva, ser guía de la actuación de las Secciones de Menores de las Fiscalías, sin perjuicio del respeto a las garantías y de la necesaria reflexión que ha de presidir cualquier decisión que tenga por destinataria a una persona en proceso de maduración. Nunca puede perderse de vista que no puede dilatarse el proceso en el tiempo si se quieren cumplir los objetivos socializadores que le son inherentes. Las intervenciones tardías pueden ser inútiles e incluso contraproducentes.

Desde la Unidad Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado se han promovido propuestas de reformas legislativas para favorecer este principio. Igualmente ha sido abordado en las Jornadas de Delegados de las Secciones de Menores. Aunque algunas causas de las dilaciones escapan al dominio funcional del Fiscal, no puede caerse en la aceptación resignada de los retrasos. A lo largo de la presente Circular se desgranarán, en relación con las diferentes fases del proceso, algunas pautas tendentes a promover la celeridad.

Estas coordenadas, interés superior del menor, protección de las víctimas y celeridad, inspiran el contenido del presente capítulo y son el hilo conductor que dota de coherencia a las diferentes cuestiones que en él se analizan.

II. LA PRESCRIPCIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES

La institución de la prescripción en la jurisdicción de menores, ha tenido hasta ahora un somero tratamiento en la doctrina de la Fiscalía General del Estado, existiendo una referencia en la Circular 1/2007 *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.* Allí se planteaba como cuestión si las actuaciones de la Fiscalía en fase de instrucción podían tener efectos interruptivos de la prescripción, concluyéndose que la respuesta no podía ser sino afirmativa, en cuanto que el art. 16 LORPM encomienda al Fiscal la instrucción, y porque el art. 132 CP, de aplicación supletoria conforme a la Disposición Final primera LORPM, establecía que "la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable...".

La interrupción de la prescripción había sido analizada por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 5/2005. Dicha Instrucción se dictó al hilo de las diferentes interpretaciones sostenidas sobre el texto del art. 132 del CP anterior a la reforma de la LO 5/2010 por el Tribunal Supremo (STS n° 797/1997, de 4 de junio; n° 492/2001, de 27 de marzo; n° 162/2003, de 4 de febrero, SSTS n° 671/2006 de 21 de junio; 486/2007 de 30 de mayo; 146/2008 de 8 de abril; o 1329/2009 de 4 de diciembre; y Acuerdos de Pleno No Jurisdiccional de 12-5-05, 25-4-06 y 26-2-08), y el Tribunal Constitucional (STC 63/2005, de 14 de marzo, 29/2008, de 20 de febrero; o 147/2009 de 15 de junio.

El nuevo texto del art. 132.2 CP, tras la reforma por LO 5/2010, introduce una novedad sustancial en su regla 1a cuando dice 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.* A los efectos de concretar la persona contra la que se dirige el procedimiento, se especifica luego en la regla 3ª del art. 132.2 que *deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho.*

De esa forma, sólo tiene efectos interruptivos un acto jurisdiccional -el dictado de esa resolución motivada-, sin que sea suficiente la presentación de denuncia o querella. Conviene dejar sentado, no obstante, que la reforma legislativa afecta solamente a ese acto inicial de interrupción, en tanto que para las interrupciones posteriores habrá que seguir aplicando los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

A esa novedad legislativa se une otra, que la reciente STS n° 1187/10, de 27 de diciembre, califica como "suspensión de la prescripción", y que se recoge en el art. 132.2.2°: *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.

La cuestión que ha de dilucidarse en el ámbito de la jurisdicción de menores es si la nueva redacción del art. 132.2 del CP y en concreto, su referencia a la "resolución judicial motivada", afectaría a la interpretación que del instituto de la prescripción se viene sosteniendo hasta ahora dentro de un procedimiento cuya peculiaridad máxima es la atribución de las facultades instructoras al Fiscal (arts. 6, 16.1 y 23 LORPM).

En el procedimiento de reforma, el Juez de Menores competente para conocer de los expedientes, conforme al art. 2 LORPM, carece de facultades instructoras y es a partir de la incoación del expediente de reforma por el Fiscal, conforme al art. 16.3 de la LORPM, cuando se inicia el proceso.

Pero no siempre es así de entrada, pues frecuentemente el Fiscal, antes de decidir si incoa o no expediente de reforma, puede realizar primero una investigación de carácter previo, en sede de Diligencias Preliminares. Tales Diligencias finalizarán con un archivo o se transmutarán en Expediente de Reforma (16.2 y 3 LORPM), pero, en todo caso y mientras se tramitan, permanecen completamente ajenas a la actuación jurisdiccional, teniendo conocimiento de ellas el Juzgado de Menores sólo en aquellos casos en que finalmente se transforman en expediente, y a partir justamente de ese momento, no antes.

La posible sucesión de dos vehículos procedimentales distintos —Preliminares y Expediente- en la instrucción de las causas por las Secciones de Menores de las Fiscalías, ha añadido siempre un plus de dificultad a la determinación del inicio del momento interruptivo de la prescripción delictiva *(dies ad quem).*

Por ello, a efectos sistemáticos, se impone un estudio y unas soluciones diferenciadas al problema planteado, según se trate de Diligencias Preliminares o de Expedientes de Reforma.

II. 1. La prescripción en las Diligencias Preliminares

La Circular 1/2000 de la FGE, *sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000,* les dio definitiva carta de naturaleza, asumiendo la terminología general de Diligencias Preliminares, que se deben incoar en todo caso de recepción de *notitia criminis.*

Tales Diligencias Preliminares pueden ser el vehículo procedimental a través del cual el Fiscal, sin necesidad de una investigación previa, en función de las circunstancias del caso, proceda al archivo de las actuaciones por razones de legalidad si entendiera que el hecho no fuera constitutivo de delito, o siendo menor el autor, éste no fuera conocido (art. 16.2 LORPM en relación a 779.1.1a de la LECrim); si el autor o autores fueran todos de edad inferior a los catorce años (art. 3 LORPM); si se reputase prescrito el hecho (art. 15 LORPM); o para la remisión de las actuaciones al órgano competente si el Fiscal no lo fuera (art. 21 LORPM).

En otros casos las Preliminares, con apoyo legal en los arts. 773.2 LECrim y 5 del EOMF, constituyen el soporte procesal de una investigación previa. Despejadas las dudas iniciales, puede acordarse el archivo por alguno de los motivos de legalidad antes apuntados, o por razones de oportunidad si, concurriendo los presupuestos legales, se estimase procedente el desistimiento previsto en el art. 18 LORPM. O por el contrario, después de esa investigación, el Fiscal puede acordar la incoación de Expediente, transformando las iniciales Diligencias si el archivo, por razones de oportunidad o legalidad, no fuere procedente.

Sin embargo, la ausencia de conocimiento jurisdiccional de esas diligencias de investigación, unida a una limitación innegable de derechos para los intervinientes (que carecen de facultades de personación, aunque el imputado deba declarar con letrado conforme art. 5.2 EOMF), les confiere un cierto hálito inquisitivo. De ahí que la doctrina de la Fiscalía General del Estado (Circulares 1/2000 y 1/2007) haya instado a los Fiscales a un uso prudente y restrictivo de las Diligencias Preliminares, recomendando no prolongarlas más de lo estrictamente preciso, sin perjuicio del límite legal de seis meses fijado en el art. 5 del EOMF.

La virtualidad interruptiva de la prescripción de esas Diligencias Preliminares no había sido cuestión pacífica, porque al atribuirse al Fiscal con carácter exclusivo las potestades instructoras, la posible eficacia interruptiva de las investigaciones practicadas como Diligencias Preliminares resulta incierta.

La cuestión ha merecido distintas respuestas y pronunciamientos contradictorios dentro de la doctrina de las Audiencias Provinciales. Así, algunas Audiencias han reconocido ese valor interruptivo a las diligencias practicadas por el Fiscal en fase de Preliminares (vgr. SSAP de Gerona, secc. 3a, n° 688/2009, de 10 de noviembre; Castellón, secc. 3a, n° 137/2003, de 7 de mayo, y secc. I a, n° 119/2010, de 6 de abril), al reputarlas auténticos actos de dirección del procedimiento contra el culpable, por parte del órgano encargado de la instrucción. Sin embargo, diferentes pronunciamientos de otras Audiencias han negado tal efecto de interrupción a las Diligencias Preliminares del Fiscal (vgr. SAP de Madrid, secc. 4a, n° 18/2009, de 9 de febrero), sustentando dicho parecer sobre la base del carácter preprocesal y no procesal de tales diligencias, que asimilan a las previstas en el art. 773.2 LECrim.

Teniendo en cuenta precisamente el carácter preprocesal de las Diligencias Preliminares y el cambio de enfoque legislativo que supone el nuevo art. 132.2 CP, debe entenderse que las Diligencias Preliminares de investigación previas a la incoación de expediente de reforma carecen de efectos interruptivos de la prescripción.

La interrupción de la prescripción, por tanto, sólo puede producirse una vez incoado el expediente de reforma.

II.2. La interrupción de la prescripción en el Expediente de Reforma

El decreto del Fiscal incoando el Expediente de reforma inicia el proceso propiamente dicho, abierto al control jurisdiccional y a la personación e intervención de las partes. Efectivamente, como consecuencia de ese Decreto se producen importantes actuaciones procesales, como la comunicación de la incoación al Juzgado de Menores (art. 16.3 LORPM); la notificación del expediente al menor imputado (art. 22.2 LORPM), con los derechos expresados en el art. 22.1, de asistencia letrada, así como del equipo técnico y sus representantes legales; y la notificación a quien aparezca como perjudicado (art. 22.3 LORPM).

La relevancia de tal decisión determinó un consenso generalizado a la hora de estimar que dicho decreto de incoación constituye el primer acto relevante para interrumpir la prescripción. Así ha sido tanto en la doctrina científica como en la emanada de las Audiencias Provinciales, cuyo parecer, a diferencia del caso de las Preliminares, era unánime a este respecto (vgr. SSAP Sevilla, secc. 3a n° 91/2003, de 16 de abril; Valencia secc. 5' n° 479/2010, de 16 de julio; Madrid, secc. 4a, n° 103/2010, de 20 de mayo).

Pero comoquiera que el nuevo tenor del mencionado art. 132.2 CP alude ahora a una resolución judicial motivada, cabe cuestionar si sigue bastando, a efectos interruptivos, el decreto del Fiscal, o debe ser una resolución del Juez de Menores, y en tal caso, cuál habría de ser ésta.

Debe mantenerse, no obstante la reforma del art. 132.2 CP, que el decreto de incoación de expediente por el Fiscal goza de esa capacidad interruptiva. Esta conclusión se apoya en la propia sustantividad de la LORPM, que regula un procedimiento singular en el que la dirección del proceso contra el menor sospechoso, a través de la instrucción, se atribuye al Fiscal.

A mayor abundamiento, es precisamente el Fiscal el órgano legitimado para decidir en este procedimiento si se admiten o no a trámite las denuncias (art. 16.2 LORPM). Esta asimilación del Fiscal de Menores, en su ámbito, al Juez de Instrucción, no es ajena a la propia jurisprudencia constitucional. Baste recordar al respecto la STC n° 206/2003 de 1 de diciembre que, remitiéndose a la anterior STC n° 60/1995, de 17 de marzo, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la ley, 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 funcionalmente equiparable a la del sumario".

No obstante, resulta conveniente indagar una vía exegética, subsidiaria a la expuesta, para el supuesto de que prevalezca una interpretación literal del art. 132.2 CP que requiera en todo caso la formalidad de una resolución judicial motivada de dirección del procedimiento contra persona determinada como primer acto interruptivo de la prescripción. Si se llegara a exigir una resolución judicial sería necesario determinar cuál de las decisiones del Juez de Menores reúne aquellas condiciones.

La LORPM peca de una cierta parquedad al regular el inicio y desarrollo del expediente judicial a partir de la comunicación del Decreto de incoación del expediente de Fiscalía. El art. 16.3 se limita a consignar que una vez recibida esa comunicación, el Juez de Menores iniciará "las diligencias de trámite correspondientes". Esa expresión debe integrarse, en todo caso, con lo dispuesto en el art. 64.1a LORPM, a propósito de la pieza de responsabilidad civil:... "una vez recibido el parte de incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil..."

De la interpretación conjunta de esos preceptos y del resto del articulado se infiere que, luego de recibirse en el Juzgado de Menores el parte de incoación de expediente del Fiscal, el Juez abre un proceso judicial, el expediente del Juzgado, que discurre en paralelo al del Fiscal mientras éste continúa con su tarea instructora.

Estas diligencias del Juzgado garantizan el seguimiento jurisdiccional con importantes consecuencias, pues quedan delimitados, ya en vía judicial, los menores imputados así como los perjudicados a los efectos de responsabilidad civil (art. 4 y 64.1a LORPM). Sólo a partir de ese momento las víctimas podrán realizar la personación ante el propio Juzgado, a los efectos de ejercer la acusación particular, en su caso (art. 25 LORPM). Y es en tal procedimiento donde se resolverán, si se planteasen, las peticiones de medidas cautelares (art. 28.4 LORPM); de diligencias restrictivas de derechos fundamentales (arts. 23.3 y 26.3 LORPM); la declaración de secreto (art. 24 LORPM); o las solicitudes de prueba que hubiesen sido denegadas por el Fiscal y que el Juez podría decidir practicar por sí mismo, si las considerara relevantes a los efectos del proceso (arts. 26.1 y 33 e) LORPM).

Por tanto, de conformidad con el art. 16.3 LORPM, se abre un proceso judicial cuya iniciación mediante auto de incoación no es simple *usus fori,* sino exigencia de estricta legalidad.

Así, el art. 245 1. b) LOPJ estipula que las resoluciones tendrán forma de auto cuando decidan "presupuestos procesales". Por su parte, el art. 141 LECrim, de aplicación supletoria, prevé que revistan esa forma las resoluciones judiciales que decidan "incidentes o puntos esenciales que afecten de una manera directa a los imputados o procesados, responsables civiles, acusadores particulares o actores civiles..." Y tratándose de un auto deberá ser debidamente fundado, conforme al art. 248.1 LOPJ.

En definitiva, ese auto de incoación, en cuanto determina el inicio del procedimiento en el Juzgado e individualiza los menores contra los que se dirige y el hecho indiciariamente atribuido, es la resolución judicial que, con carácter subsidiario, se considera hábil para interrumpir inicialmente la prescripción en aplicación supletoria del art. 132.2 CP a la jurisdicción de menores.

Por ello, para entender inicialmente interrumpida la prescripción, no será preciso aguardar a que el Juez de Menores dicte el auto abriendo el trámite de audiencia y dando traslado a las partes personadas (art. 31 LORPM), ni mucho menos, al momento posterior en el que Juez resuelve sobre la continuación del procedimiento y la apertura de audiencia, o por el contrario, el sobreseimiento (art. 33 LORPM). Sin perjuicio de su eficacia interruptiva ordinaria, el contenido propio de estas resoluciones excede las exigencias del art. 132.2 CP, que se limitan al reconocimiento judicial de la dirección del procedimiento contra el presunto culpable y no incluyen valoración judicial sobre la procedencia o no de la apertura del enjuiciamiento. Tales resoluciones se dictan, en su caso, en el seno de un procedimiento cuya incoación por decisión judicial cumplió ya las exigencias del art. 132.2 CP para interrumpir inicialmente la prescripción.

La consecuencia de seguirse esta línea interpretativa subsidiaria es la entrada en juego de la llamada "suspensión de la prescripción", consagrada en el art. 132.2.2 CP.

Para ello hay que observar que en la jurisdicción de menores lo que se presenta ante el Juzgado de Menores no es una denuncia o querella, sino el parte de incoación del expediente de reforma del Fiscal. En estricta lógica, dicho parte tendría la misma virtualidad que la presentación de una denuncia o querella ante el Juez de Instrucción en la jurisdicción ordinaria. Por ello, desde la fecha de la recepción en el Juzgado de Menores de ese parte quedaría en suspenso la prescripción durante dos o seis meses, según se tratara de falta o de delito. Y conforme a la previsión contenida en el siguiente inciso del art.132.2.2a, en el momento en que

se dictara el auto de incoación de expediente en el Juzgado, la interrupción de la prescripción se entendería retrotraída a la fecha de presentación del parte de incoación del Fiscal.

Como consecuencia de lo expuesto, y habida cuenta de la dimensión que cobra, a efectos interruptivos de la prescripción, el parte de incoación de expediente que el Fiscal remite al Juzgado de Menores, se hace preciso recordar la doctrina de la Fiscalía General del Estado, sentada en la Instrucción 1/1993 y la Circular 1/2000, e insistir en la necesidad de consignar con claridad los datos relativos al menor o menores imputados y realizar una sucinta descripción de los hechos que se atribuyen a cada uno de ellos, así como una referencia a la calificación jurídica provisional que puedan merecer.

II.3. Actos interruptivos subsiguientes

Conviene insistir en que todas las dudas suscitadas se ciñen a la determinación de cuál sea el acto con eficacia para interrumpir inicialmente o por primera vez la prescripción.

Y ello porque, como ya se apuntó al principio, el nuevo art. 132.2 CP se refiere tan sólo al primer acto interruptivo de la prescripción, debiendo entenderse inalterada la doctrina general de la prescripción jurisprudencialmente consolidada respecto a los subsiguientes. Lo cual es enteramente trasladable al ámbito de la jurisdicción de menores.

De esta forma, una vez incoado expediente —o presentado el parte y dictado auto de incoación por el Juzgado- interrumpirán la prescripción todos aquellos actos del Fiscal en el expediente, desarrollando su actividad instructora, que lo fueran de verdadera prosecución del procedimiento, con contenido sustancial y no de mero trámite.

II.4. Supuestos de ampliación de expediente

En aquellos casos en que de la instrucción de un expediente, ya abierto para uno o varios menores, resultase la procedencia de ampliar la imputación a otros que aparecieran también como presuntamente responsables del ilícito cometido, tal y como hasta ahora se venía haciendo, se dictará respecto a estos últimos decreto de ampliación del expediente.

Conforme a la doctrina expuesta, para el nuevo o nuevos expedientados se interrumpiría por vez primera la prescripción sólo a partir del decreto de incoación o, en su caso, subsidiariamente, del consiguiente auto dictado por el Juez de Menores ampliando el expediente judicial.

II.5. Supuestos contemplados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010

A la hora de aplicar los cómputos de la prescripción deberán tenerse presentes las importantes consecuencias derivadas del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010.

Según dicho Acuerdo *para la aplicación del instituto de la prescripción, se tendrá en cuenta el plazo correspondiente al delito cometido, entendido éste como el declarado como tal en la resolución judicial que así se pronuncie. En consecuencia, no se tomarán en consideración para determinar dicho plazo aquellas calificaciones jurídicas agravadas que hayan sido rechazadas por el Tribunal sentenciador. Este mismo criterio se aplicará cuando los hechos enjuiciados se degraden de delito a falta, de manera que el plazo de prescripción será el correspondiente a la calificación definitiva de los mismos como delito o falta.* Se añade, asimismo, que para *los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado.*

Lo anterior debe tomarse en cuenta cuando, a la vista de las pruebas practicadas en el acto de la audiencia, hubieran de modificarse las alegaciones inicialmente formuladas. Así, por ejemplo, si, como es frecuente, en el escrito de alegaciones (art. 30.1 LORPM) se hubiese calificado un hecho como delito y en la audiencia, al término de la fase probatoria y conforme al art. 37.1 LORPM, en relación al art. 788 LECrim, se degradase la calificación inicial de delito a falta, el término de la prescripción que ha de aplicarse será el de las faltas, de tres meses (art.

15.1.5a LORPM). En ese supuesto se hace necesaria una simultánea comprobación acerca de si el expediente hubiera estado paralizado durante ese plazo, ya fuera en Fiscalía durante la fase de instrucción o en el Juzgado una vez remitido, pues en tal caso, deberá interesarse la absolución en ese trámite por prescripción de la falta.

II.6. La prescripción en causas remitidas por inhibición de los Juzgados de Instrucción

Con frecuencia la *notitia criminis* referida a hechos delictivos cometidos por menores no llega a las Secciones de Menores de manera directa, a través de atestados o denuncias referidos tan solo a menores, sino que el atestado o denuncia se remite a un Juzgado de Instrucción que, tras verificar la minoría de edad de alguno o de todos los presuntos culpables, se inhibe o remite el correspondiente testimonio a Fiscalía (art. 779.1.3a LECrim).

En estos casos pueden presentarse dos tipos de situaciones, una de carácter regular y otra que podría denominarse irregular o anómala.

La primera de ellas la integran todos aquellos supuestos en que recibidos en un Juzgado de Instrucción un atestado o denuncia, y practicadas las actuaciones ordinarias dirigidas a determinar la identidad, filiación y edad de los presuntos inculpados, se acuerda la inhibición o la remisión de testimonio a la Sección de Menores al constatarse fehacientemente que todos o alguno de los imputados son menores. En tales casos, la actividad procesal desplegada por el Juzgado de Instrucción mantiene su eficacia como actividad interruptiva de la prescripción.

A este tipo de situaciones serían asimilables las de aquellos casos en que por un Juzgado de Instrucción se instruyese una causa en la creencia, razonablemente fundada en datos objetivos, de la mayoría de edad del inculpado, que resultase luego haber sido menor al tiempo de los hechos. Los actos procesales realizados hasta que hubiese constancia fehaciente de la menor edad interrumpirían igualmente el cómputo de los plazos de prescripción.

El Tribunal Supremo considera que las actuaciones declaradas nulas carecen de sus efectos propios en el ámbito de la irregularidad, pero no son inexistentes y mantienen una eficacia residual, como es la necesaria para interrumpir la prescripción, invocando el principio de conservación de los actos procesales (SSTS n° 1050/1997 de 18 de julio; n° 1133/1998 de 30 de septiembre; n° 1784/2000 de 20 de diciembre; n° 438/2003 de 27 de marzo). En tal sentido se pronuncia el Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 27 de abril de 2011 según el cual "las actuaciones declaradas nulas en el proceso penal no pierden por ello la eficacia interruptiva que tuvieron en su momento".

Así, aquí la prescripción volvería a correr a partir del auto de inhibición previsto en el art. 779.1.3a LECrim, hasta que se interrumpiese de nuevo, en su caso, por el decreto de incoación de expediente del Fiscal o —subsidiariamente, según la interpretación ya referida del art. 132.2 CP- por el auto de incoación de procedimiento del Juzgado de Menores.

Diferentes a estas situaciones son aquellas que pueden calificarse de irregulares o anómalas cuando, por error o inadvertencia del órgano judicial, se siguiese tramitando la causa en el Juzgado de Instrucción pese a haberse alegado o constar claramente la menor edad del imputado, pues esa constancia determinaría la manifiesta incompetencia de los órganos de la justicia penal de adultos y la inexcusable inhibición a la jurisdicción especializada.

Este tipo de casos están viciados de nulidad radical, que concurre cuando la incompetencia es manifiesta (STC n° 70/1999, de 26 de abril). Y siendo como son actos radicalmente nulos, a diferencia de los anteriores, no pueden producir ningún efecto, al carecer de los requisitos esenciales e indispensables para su validez, lo que determina la imposibilidad de subsanación, que además lo sería en perjuicio del menor.

Por tanto, en estos supuestos los plazos de prescripción correrían normalmente hasta que se dictase el auto de inhibición a Fiscalía, que volvería a interrumpirla.

III. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

III. 1. Interpretación del art. 10.1.b, segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM, respecto a las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada

Al objeto de centrar la cuestión, delitos de máxima gravedad son, conforme al art. 10.2 LORPM, los de homicidio (138 CP), asesinato (139 CP), violación (179 CP), agresiones sexuales cualificadas (180 CP) y terrorismo (571 a 580 CP), o cualquier otro delito que tenga señalada en el CP o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años.

En cuanto a los delitos de *extrema gravedad* (art. 10.1.b, segundo y tercer párrafo LORPM), constituyen un concepto jurídico indeterminado, en cierto modo residual, pudiendo sopesarse aplicar esta calificación conforme a las circunstancias que concurran en cada caso, siempre que se trate de hechos cometidos por mayores de dieciséis años y que entren dentro de alguno de los supuestos previstos en el art. 9.2 de la LORPM (delitos graves, con violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad, o cometidos en grupo o al servicio de una banda o asociación). Tienen en todo caso esa consideración de delitos de extrema gravedad aquellos en que, concurriendo los requisitos antedichos (ejecutados por mayores de dieciséis años y dentro de alguno de los casos del art. 9.2 de la LORPM), se apreciare además reincidencia.

Ambos preceptos constituyen una excepción al principio general de flexibilidad en la elección de la medida, contemplado en el art. 7.3 LORPM, puesto que prevén, como medida a imponer inexcusablemente, el internamiento en régimen cerrado, con sujeción a unos límites mínimo y máximo.

Ese régimen excepcional excluye también la aplicación de la regla general del art. 7.2 LORPM. Según este artículo, *las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los arts. 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.*

Ese modo de estructurar las medidas de internamiento —con un período de internamiento efectivo y una fase final en libertad vigilada- constituyó una novedad en la LORPM respecto a la anterior LO 4/92, que no preveía dicha posibilidad, acogiendo el legislador las opiniones que previamente propusieron la conveniencia de adoptar la libertad vigilada como medida puente tras un internamiento, con el fin de preparar la adaptación social del menor a su vida en libertad.

La norma del art. 7.2 opera para todos los casos en que se escoja e imponga cualquier medida de internamiento en aplicación de la normativa general, de manera que el período de internamiento efectivo y la fase final de libertad vigilada no superen los plazos máximos.

Pero no puede entenderse que rija en cuanto a la configuración de la medida de internamiento y libertad vigilada de los artículos 10.1.b), segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM. Y ello resulta de la propia literalidad de esos artículos, pues el 10.1.b prevé que la medida de uno a seis años de internamiento cerrado que establece será *complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años.* Por su parte, el art. 10.2 dispone que los internamientos en régimen cerrado que contempla, en sus diversos supuestos, sean *complementados en su caso* por una medida de libertad vigilada, fijando el plazo máximo de duración de ésta en tres o cinco años, según se trate de menores o mayores de dieciséis años.

Esa libertad vigilada *complementaria* del art. 10 tiene otras dos peculiaridades más que la distinguen de la libertad vigilada como fase final de un internamiento contemplada en el art. 7.2 LORPM. Ambas aparecen recogidas en el art. 10. 4 LORPM. La primera, la exigencia de que sea ratificada mediante auto motivado *al finalizar el internamiento.* Y la segunda, su ejecución corresponde *a las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas,* a

diferencia del resto de los supuestos de libertad vigilada cuya ejecución corresponde a la llamada entidad pública de reforma o protección.

A diferencia también de la regla del artículo 7.2, no parece que sea estrictamente imperativo que esta libertad vigilada se ejecute o imponga siempre, porque en los supuestos del artículo 10.2 queda condicionada implícitamente con la expresión *en su caso,* que da margen al arbitrio judicial para su imposición en función de las circunstancias; y el artículo 10.4 exige la ratificación mediante auto motivado, tras audiencia del Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante de la entidad pública, como presupuesto previo a la ejecución de dicha medida de libertad vigilada una vez concluido el internamiento impuesto en la sentencia. La causa de este particular régimen viene motivada por la propia excepcionalidad de los casos a que se aplica. Dada la duración de las medidas de internamiento previstas, a su conclusión, el joven que debería cumplir la libertad vigilada podría superar con creces los dieciocho años, o podría incluso haber ingresado en prisión en los casos del artículo 14.2 y 3 LORPM, con lo que la medida de libertad vigilada quedaría privada de su sentido y razón de ser. Y de ahí que la norma, pensando en eventuales destinatarios mayores de edad, establezca ese tratamiento diferenciado en la ejecución, disponiendo que se lleve a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas.

Lo anterior es congruente con el contenido del artículo 47.5 d) LORPM que, al regular la refundición de medidas, dispone que las de *libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo.*

Por tanto, las reglas del artículo 10.1 b), segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM tienen un carácter especial y excepcional en cuanto al régimen de determinación de las medidas, por lo que el período de internamiento en centro cerrado que fijan tiene una duración mínima de un año en todo caso, no alcanzando a esos supuestos la previsión general del artículo 7.2 de la LORPM, conforme al cual el internamiento se divide en dos períodos, el primero a cumplir de modo efectivo en centro y el resto en libertad vigilada.

Por el contrario, cuando se apliquen las reglas del artículo 10.1 b), segundo y tercer párrafo y 10.2, la libertad vigilada, que pueda preverse en la sentencia, se configurará en todo caso como una medida diferenciada, posterior, complementaria y sucesiva al período de internamiento en centro cerrado.

Tal interpretación es la consolidada en la doctrina de las Audiencias Provinciales, que no aplican al internamiento la regla del art. 7.2 LORPM en estos casos, sino que imponen dos medidas diferenciadas: el internamiento cerrado, sin división en períodos y con el mínimo de un año, y a continuación una libertad vigilada ulterior y complementaria. A título de ejemplos referiremos las SSAP Asturias, secc. 2a, n° 322/09, de 5 de enero de 2010; Barcelona, secc. 3ª, n° 426/2009, de 11 de mayo; Vizcaya, secc. la, n° 9/2009, de 22 de marzo; Cádiz, secc. 4ª, n° 75/2009 de 16 de marzo; Sevilla, secc. 3ª, n° 137/2009, de 9 de marzo; o Madrid, secc. 4', n° 7/2008, de 23 de enero.

III. 2. Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en España no existen reglas específicas sobre el requisito de asimetría de edades en la tipificación de los delitos contra la indemnidad sexual. Así, con carácter general cabe incriminar todo contacto sexual realizado con persona menor de 13 años cuando el autor es mayor de 18 años. Pero cuando el autor es un adolescente penalmente responsable por tener entre 14 y 18 años tal afirmación debe matizarse, pues el contacto sexual entre adolescentes de similar edad, sin concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, puede no afectar ni a la libertad ni a la indemnidad sexuales.

Existe un consenso generalizado en la comunidad científica sobre el perfil de los niños y adolescentes que incurren en delitos contra la libertad e indemnidad sexual y su clara diferencia con el de los adultos que realizan los mismos hechos, por lo que la respuesta de la sociedad, en particular la respuesta legal, debe ser especialmente depurada y afinada para tratarlos de forma adecuada.

En el ámbito de los delitos contra la indemnidad sexual cometidos por menores contra menores la riqueza de casos que la realidad puede generar, cada uno con matices diferentes, da lugar a una pluralidad de supuestos no susceptibles de reconducirse a través de respuestas predeterminadas o cerradas. En todo caso, nunca deben perderse de vista las peculiaridades del Sistema de Justicia Juvenil en atención a sus destinatarios, puesto que son personas que no han culminado su proceso de maduración y que, por consiguiente, deben ser objeto de un tratamiento singularizado, distinto al dispensado a los adultos, ponderando sus necesidades específicas.

El art. 183.1 CP castiga al que realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de 13 años.

El Código Penal parte de una presunción *iuris et de iure* de inhabilidad de los menores de 13 años para prestar consentimiento en el ámbito sexual, concretándose el requisito de la asimetría en una diferencia de 5 años como mínimo (autor de 18 años y víctima de menos de 13) cuando se trate de autores mayores de edad.

No obstante, debe repararse en que el menor mayor de 13 años no tiene capacidad plena en materia sexual, y así seguirá estando protegido hasta los 16 años frente a contactos sexuales con concurrencia de engaño (art. 182.1 CP) y en todo caso respecto de relaciones sexuales con prevalimiento (art. 181.3 CP). Igualmente estará protegido hasta los 18 años frente a conductas de exhibicionismo (art. 185 CP), de exhibición de pornografía (art. 186 CP), de pornografía infantil (art 189) y frente a conductas corruptoras (art. 189.4 CP).

Si el autor de estos delitos es menor no se exige expresamente que concurra asimetría de edades. Los efectos de esta falta de previsión legislativa son ahora aún mas perturbadores, teniendo en cuenta que tras la reforma operada por LO 5/2010, la pena prevista para el delito de abuso sexual cometido contra menores de trece años sufre un fuerte incremento, pasando a asignarse al tipo básico una pena grave, conforme a los arts. 13 y 33 CP, con lo que las posibilidades de desjudicialización que la LORPM ofrece quedan radicalmente limitadas.

Formalmente la relación sexual sin violencia o intimidación entre un menor de 14 años recién cumplidos y otro de 12 años y 11 meses podría subsumirse en el tipo del art. 183.1 CP.

Esta interpretación literal debe ser superada en el ámbito de la responsabilidad penal de menores, pudiendo ser suplido el silencio del Legislador a través de una exégesis coherente con los principios informadores del Sistema de Justicia Juvenil. Parece claro que una punición indiscriminada podría ser claramente opuesta a los principios del sistema.

Conviene también recordar que no todo hecho subsumible formalmente en un tipo es de manera automática penalmente relevante. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma.

En este punto es particularmente ilustrativo el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008, informe fechado en 4 de febrero de 2009, que considera que el contacto sexual entre menores de la misma o similar edad, sin la concurrencia de otros signos de abuso o intrusión, no afectaría a la indemnidad sexual y por ello no debería ser penalmente sancionable.

En este contexto cabe defender que determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible.

Con carácter general, como es inherente al sistema de la LORPM, cuando los hechos sean penalmente relevantes, serán las concretas circunstancias psico-socio-familiares del menor las que fundamenten la respuesta para cada supuesto, partiendo de que la heterogeneidad propia del comportamiento sexual de niños y adolescentes justifica que la evaluación del Equipo Técnico sea lo más completa posible, a fin de que cuando sea necesario, se proponga la respuesta y las terapias que mejor puedan adaptarse a las necesidades específicas del menor.

Debe huirse de las respuestas estereotipadas para tratar de llegar en cada caso a la solución mas adecuada, a partir del abanico de posibilidades que la LORPM ofrece, sopesando las peculiaridades inherentes a los menores como seres en evolución y evitando operar con los esquemas propios del Derecho Penal de adultos, teniendo presente el fuerte riesgo de etiquetaje y estigma que comportan las condenas formales por hechos relativos a la delincuencia sexual.

Desde esta perspectiva, ante hechos que pese a tener trascendencia penal sean de menor entidad y hagan aconsejable evitar los posibles efectos perniciosos de la audiencia sobre el menor, podrá ser conveniente tratar de alcanzar una sentencia de conformidad en comparecencia previa a la audiencia, conforme a las disposiciones del art. 32 LORPM.

Por otro lado, cuando la noticia de los abusos llegue al Fiscal sin denuncia previa, conforme al art. 191 CP, deberá éste ponderar los intereses en conflicto, tanto los del menor víctima como los del menor autor, pudiendo optar por no poner en marcha el procedimiento cuando se llegue a la conclusión de que ni el interés de aquél ni el de éste justifican la apertura de la causa.

La decisión de archivar o no presentar denuncia exigirá, ordinariamente, una investigación tendente a comprobar que concurren los presupuestos expuestos *supra.*

En relación con los delitos relativos a pornografía infantil, es bastante frecuente que en las operaciones policiales de rastreo sean identificados una pluralidad de internautas, incluyendo a menores de edad, en posesión de material de este tipo.

En el ámbito de la responsabilidad penal de menores, también la comisión de este delito puede presentar unos perfiles singulares que aboguen por una mayor flexibilidad a la hora de articular respuestas sancionadora-educativas. Debe tenerse en cuenta que la curiosidad es inherente a los menores y a su proceso de socialización y maduración, de modo que en determinadas circunstancias, la antijuridicidad y culpabilidad que podrían constatarse con claridad si el autor es un adulto, pueden quedar desdibujadas de ser aquél menor de edad.

También ha de considerarse que cuando no hay asimetría de edad entre el menor poseedor de pornografía y los menores representados en el material, no puede decirse que exista una lesión al bien jurídico protegido, ni propiamente, una conducta pedófila.

Por tanto, antes de formular alegaciones contra un menor por delito de pornografía infantil deben sopesarse con extremo cuidado las consecuencias y los potenciales beneficios, huyendo de automatismos y teniendo presente que los efectos estigmatizadores pueden ser devastadores. No debe, pues, descartarse la utilización de las posibilidades desjudicializadoras previstas en los arts. 18, 19 y 27.4 LORPM y, en casos extremos, el archivo conforme al art. 16 LORPM, solución ésta que puede extenderse a los demás supuestos tratados en este apartado.

De nuevo aquí deben evitarse respuestas estandarizadas, pues los supuestos que se presentan pueden ser muy diversos y merecedores de valoraciones radicalmente distintas. Entre los factores que han de ponderarse a la hora de decidir la respuesta desde la jurisdicción de menores deben, *prima facie,* tenerse presentes, entre otros, los siguientes: si se trata de actos de mera posesión (art. 189.2 CP) o de difusión intencionada (art. 189.1 b CP); la cantidad de material aprehendido (la valoración debe ser muy distinta ante supuestos de menores que incurren en el patrón del "coleccionista", estudiado por la criminología norteamericana, propio de personas que aplican abundante tiempo y esfuerzo a conseguir material; y supuestos de posesión de archivos aislados que deben poner sobreaviso ante una eventual concurrencia de error o ante una conducta sin connotaciones sexuales); la edad del menor encartado y la de los menores representados en el material (poseer material de menores adolescentes puede tener un significado muy distinto al de poseer material de menores prepubescentes o de bebés); el tipo de acto sexual representado en el material (concurrencia de violencia, notas degradantes o vejatorias...), etc.

Además, a parte de la valoración de los hechos, deberá prestarse especial atención al informe del Equipo Técnico, que podrá ser muy ilustrativo en cuanto a si el menor presenta problemas en sus circunstancias psicosociales y educativas que requieran una intervención, o si no concurren tales factores.

Estas pautas también son extensibles al nuevo delito de captación de niños y niñas por medio de internet con fines sexuales *(grooming)* (art. 183 bis CP) al exhibicionismo (art. 185 CP) y a la exhibición de pornografía a menores (art. 186 CP).

IV. FASE DE INSTRUCCIÓN

IV.1. Algunas cuestiones relativas a la detención de menores

IV.1.1. Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial

La introducción, tras la LO 15/2007, en el art. 384 párrafo segundo del CP del nuevo tipo de conducción de un vehículo a motor o ciclomotor careciendo de licencia o permiso (desaparecido del CP Texto Refundido de 1973 luego reforma de 25 de junio de 1983), ha tenido una fuerte incidencia criminológica dentro de la Justicia Juvenil. Las cifras estadísticas plasmadas en las memorias de la Fiscalía General del Estado corroboran rotundamente la anterior afirmación. En efecto, como allí se constata, de los 840 procedimientos incoados por delitos de esa naturaleza en el año 2007, se pasó a 4.443 en 2008, llegando hasta los 5.518 procedimientos en 2009.

Consecuencia de lo anterior es el consiguiente incremento del número de menores detenidos por delitos contra la seguridad vial. Y en este contexto se han planteado dudas, en ocasiones, sobre si cabría la posibilidad de renuncia del menor a la asistencia letrada en dependencias policiales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 520.5 LECrim, que prevé que "el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico".

La respuesta a tal planteamiento debe ser negativa. No cabe tal renuncia puesto que no cabe tampoco en este punto la aplicación supletoria de la LECrim.

Ello es así porque la supletoriedad de la LECrim, a la que remite la DF Iª de la LORPM, queda exceptuada cuando se trata de materias que tienen una regulación suficiente en la legislación de menores y cuando las previsiones concretas de la LECrim sean incompatibles con los principios informadores de la Justicia Juvenil.

En el presente caso concurrirían uno y otro presupuesto para rechazar la aplicación supletoria de la previsión específica contenida en el art. 520.5 de la LECrim a los menores detenidos.

La detención de los menores se regula en el art. 17 de la LORPM. La taxatividad de los términos del n° 2 de dicho artículo, estableciendo que *toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado,* no deja margen a la excepción ni a la integración supletoria del precepto. En idénticas palabras se expresa el art. 3.2 del Reglamento de la LORPM (RD 1774/2004, de 30 de julio).

Semejante planteamiento es congruente con los principios mismos sobre los que se articula la LORPM, que ha optado por unos mecanismos reforzados en cuanto a la asistencia letrada del menor, que van más allá de los previstos para adultos en la LECrim, tal y como se expresó por la Fiscalía General del Estado en las Consultas 2/2005 *sobre derecho a la entrevista reservada con letrado* y 4/2005 *sobre determinadas cuestiones en torno a la asistencia letrada en el proceso penal de menores.*

Sirva recordar como paradigma legislativo al respecto la modificación introducida en la LORPM por LO 8/2006, añadiendo un segundo párrafo a ese art. 17.2, en el que se prevé que "el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración". El último precepto transcrito supone una excepción al régimen general para adultos consagrado en el art. 520.6 c) de la LECrim, que permite esa entrevista reservada del letrado con el mayor detenido sólo una vez concluida la diligencia de declaración en comisaría.

No debe obviarse tampoco, como otro ejemplo legislativo más, que el menor expedientado tiene derecho a designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio desde el mismo momento de la incoación del expediente (art. 22.1 b LORPM), siendo su asistencia

preceptiva a lo largo de toda la tramitación del mismo, con independencia de que el hecho imputado fuera delito o falta, a diferencia del juicio de faltas de adultos, en que la designación de letrado por el denunciado es facultativa (art. 967.1 LECrim).

IV.1.2. Requisitorias expedidas desde Fiscalía

Con frecuencia, durante la actividad instructora, deben librarse requisitorias para la averiguación de paradero o detención de un menor sospechoso que, tras las correspondientes citaciones y apercibimientos, no acude a la práctica de alguna diligencia acordada o no es habido.

En previsión de que el menor requisitoriado sea localizado fuera de las horas de audiencia, o en provincia distinta de aquella donde se expidió el mandamiento, conviene unificar criterios sobre la forma de cumplimentar tales requisitorias, con el fin de evitar dudas a las fuerzas policiales que localicen o detengan al menor, y de facilitar las diligencias ulteriores que hubieren de realizarse mediante auxilio fiscal.

Al expedir requisitorias, en las órdenes generales que se remitan a la Dirección General de Policía y Guardia Civil, deberán incorporarse con detalle los datos previstos en los modelos utilizados al efecto, debiendo el Fiscal supervisar y orientar la labor de los funcionarios de Secretaría que lo lleven a cabo.

Es esencial incluir todos los datos relativos a la filiación del menor, fecha de nacimiento o edad que conste, número de ordinal informático y último domicilio conocido del menor, para evitar que, una vez habido, el menor vuelva a facilitar el mismo en que resultó ilocalizable. De igual manera, se plasmarán con claridad tanto la clase de orden (averiguación de domicilio, o detención y presentación) y procedimiento del que se trate, como el motivo o los motivos de la misma (notificación del expediente, declaración del menor, exploración por el equipo técnico, etc.).

Es también importante, para evitar vacilaciones en el momento de la detención, e incluso detenciones injustificadas, consignar en las requisitorias tanto la fecha de inicio como la fecha de cese, calculada esta última a partir de los plazos de prescripción de los delitos y faltas cometidos por menores previstos en el art. 15.1 LORPM. Teniendo en cuenta lo reducido de alguno de los plazos, se prevendrán de esta manera detenciones en las que el delito o falta hubiera prescrito, así como las consiguientes comunicaciones entre las Fiscalías para comprobar si se ha producido o no dicha prescripción, y podrá la fuerza policial saber desde el primer momento a qué atenerse.

Es conveniente de igual modo, especialmente en aquellas Fiscalías con más volumen de asuntos, la llevanza de una lista actualizada de las requisitorias en curso, a efectos de su debido control y para el conocimiento y coordinación de todos los Fiscales de la plantilla.

IV.1.3. Asistencia de los representantes legales en la declaración del menor infractor

La presencia de los padres o representantes legales del menor detenido o imputado, como un derecho y garantía del mismo durante la sustanciación del procedimiento, se contempla en diversos puntos del articulado de la LORPM. Nuestra legislación, en este aspecto, es un reflejo de las recomendaciones contenidas en la normativa internacional sobre la materia. Sirva citar, en tal sentido, el art. 7.1 Reglas de Beijing, de 29 de noviembre de 1985 y el apartado III.8 Recomendación n° 87 (20), del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de setiembre de 1987.

Ahora bien, esa garantía asistencial de los padres o representantes del menor, tal y como se contempla en la LORPM, ni es un derecho absoluto, ni tiene carácter preceptivo a lo largo de todo el proceso. Por ello, conviene distinguir según se encuentre o no detenido el menor así como algunas situaciones particulares que pueden plantearse.

IV.1.4. Asistencia a menores detenidos

A este respecto los términos del art. 17.2 de la LORPM, lo mismo que los del art. 3.2 de su Reglamento (RD 1774/2004), se muestran igual de categóricos que en cuanto a la asistencia

letrada: *toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario...*

Por tanto, es requisito legal inexcusable para la declaración del menor detenido, tanto en dependencias policiales como en Fiscalía, la presencia de los padres biológicos o adoptivos, titulares de la patria potestad (art. 154 CC); los tutores (tutela civil o administrativa —arts. 215 y 172 CC, respectivamente-); los acogedores (en sus diversas modalidades de acogimiento simple permanente o preadoptivo —art. 173 bis del CC-) y los guardadores (de derecho —art. 172 CC- o de hecho —art. 303 CC).

Pero debe tenerse en cuenta que, incluso estando el menor detenido, esa obligatoriedad de la presencia de padres, tutores o guardadores se restringe expresamente a la diligencia de declaración.

Para el resto de situaciones o diligencias, privado o no de libertad, entraría en juego la previsión contenida en el art. 22.1.e) de la LORPM, que configura la concurrencia de los representantes legales como un derecho *del menor a la asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.* Aunque este precepto aluda sólo al Juez de Menores, debe entenderse que atribuye idéntica potestad al Fiscal durante la fase instructora, teniendo en cuenta, en buena técnica interpretativa y en relación con el contexto normativo en el que se sitúa (art. 3.1 CC), que es el Fiscal quien tiene encomendadas las funciones de instrucción en el procedimiento (arts. 6, 16.1 y 23.1 LORPM).

Ejemplo claro de diligencia de instrucción —despejando eventuales dudas- en que no procede la asistencia de los representantes del menor imputado, estuviera éste privado o no de libertad, es la de reconocimiento en rueda prevista en el art. 368 y ss de la LECrim. En efecto, el art. 2.10 del Reglamento de la LORPM, referido a las ruedas de reconocimiento, regula sólo los aspectos relativos a la necesidad de autorización del Fiscal o Juez de Menores para su práctica, y la del representante legal de los otros menores que entren a forman parte de la rueda junto con el imputado, si fueren menores de dieciséis años o no emancipados. En cuanto al resto, habrá de estarse a la regulación general contenida en la LECrim que, cuando en el art. 369 prevé la posibilidad de que quien haya de reconocer lo pueda hacer "desde un punto en que no pudiera ser visto", está descartando la posibilidad de que comparezca junto a él una persona ajena a los hechos y menos aún del propio entorno del imputado. La propia naturaleza de esta clase de diligencia así lo impone, a fin de evitar que el testigo se vea inquietado o perturbado durante su desarrollo, máxime si el propio perjudicado fuere también menor de edad, si se tienen en cuenta las garantías que para sus comparecencias en los procesos penales establecen los arts. 448 y 707 LECrim, tras la reforma por LO 8/2006, de 4 de diciembre.

Sentado lo anterior, conviene asimismo precisar que incluso pueden darse dos situaciones especiales en que, durante la declaración del detenido, la presencia de los padres, tutores o guardadores puede obviarse. Nos referimos a los casos de menores emancipados que fuesen detenidos y a mayores de edad detenidos por hechos anteriores realizados durante su minoría de edad.

IV.1.5. Menores emancipados detenidos

Las clases de emancipación y sus efectos son tratadas en el epígrafe II.-10.2 de la presente Circular en relación con la responsabilidad civil. Dando por reproducido su contenido, y proyectándolo sobre la regulación de la detención (art. 17 LORPM), debe entenderse que la emancipación tácita por vida independiente, prevista en el art. 319 CC, no exime de la necesaria asistencia de los padres a la declaración de sus hijos menores detenidos.

Por contra, habrá de entenderse innecesaria la asistencia de los padres a la declaración del hijo menor detenido cuando estuviera formalmente emancipado, en todo caso, y sea cual sea la voluntad que inspiró la emancipación, al concurrir como mínimo la apariencia de un negocio jurídico realizado conforme a Derecho.

IV.1.6. Mayores de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores

Deben analizarse los supuestos en los que son detenidos por la Policía jóvenes que rebasan los dieciocho años por hechos delictivos perpetrados durante su minoría de edad.

El art. 5.3 LORPM deja claro que en estos casos la competencia seguirá correspondiendo a la jurisdicción de menores y que el cauce procedimental será el previsto en la LORPM. Por tanto, el imputado en esta situación seguirá beneficiándose de todo el abanico de derechos y garantías previstos para los menores en la LORPM, entre ellos la mayor brevedad de los plazos de detención previstos en el art. 17.4 y 5 LORPM, frente a los más dilatados que para los adultos contemplan los arts. 520 y 505 LECrim.

Sin embargo, por lo que se refiere a la presencia de los padres o representantes legales en la declaración del detenido que ya es mayor de edad, el tratamiento debe ser distinto, pues la asistencia de aquellos a las declaraciones de los detenidos sólo está justificada en función de los límites a la capacidad de obrar del menor y a los deberes de representación legal de los padres sobre los hijos sujetos a la patria potestad (arts. 154.2° y 162 CC). La extinción de la patria potestad y, por tanto, de la representación legal tras la mayoría de edad (art. 314.1° CC) trae consigo la improcedencia de la presencia de los padres en tales declaraciones.

IV. 2. Representación de menores

IV.2.1. Representación de menores no detenidos

Es práctica habitual, conforme a las previsiones del art. 22.1.e) LORPM que a la diligencia de declaración en Fiscalía del menor imputado no detenido asistan sus padres, tutores o guardadores.

Debe repararse en que la presencia de los padres o representantes legales es preceptiva en la declaración del menor detenido, pero no tiene tal carácter en los demás actos y fases del procedimiento.

Así, la LORPM no impone como preceptiva la presencia de los padres o representantes legales en momentos de mayor trascendencia procesal como la comparecencia para la adopción de medidas cautelares privativas de libertad. (art. 28.1). Tampoco tiene tal carácter la presencia de los padres durante la celebración de la audiencia, pues conforme al art. 35.1 LORPM el menor *podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario.*

Del mismo modo, no es necesaria la presencia, asistencia o aprobación de los padres para la eficacia de la conformidad del menor, pudiendo éste prestarla por sí mismo (arts. 32 y 36 LORPM).

De esta forma, si un menor no detenido acude a la citación para declarar en la sede de la Fiscalía en calidad de imputado sin acompañamiento de sus padres o representantes legales, deberá tomarse en consideración que la asistencia de éstos no es un requisito preceptivo, sino un derecho del menor.

Ante tales supuestos el Fiscal instructor tendrá que ponderar, en presencia del letrado que asista al menor, su situación concreta, su edad y grado de madurez y las causas de la inasistencia de los representantes, informándole del derecho que le asiste conforme al art. 22.1.e). Sopesando el conjunto de circunstancias concurrentes, si se aprecia en el menor suficiente discernimiento y éste, en el ejercicio de su derecho, renuncia a la presencia de sus padres o representantes, luego de dejar constancia de lo ocurrido en el acta, se podrá proceder a recibirle declaración sin representante legal.

Lógicamente no será aplicable a estos supuestos la previsión del art. 17.2 LORPM (declaración en presencia de un representante del Ministerio Fiscal distinto del instructor del expediente), pues su ámbito operativo se limita a los supuestos de detención.

IV.2.2. Incompatibilidad entre el menor y sus representantes Y designación de letrado

Puede ocurrir en ocasiones que no sea conveniente que los padres o familiares del menor, detenido o imputado por una infracción penal, en calidad de representantes legales, asistan a aquél en su declaración, por incompatibilidad con el propio menor, si fueran las víctimas del hecho delictivo, o porque, tal y como dispone el art. 17.2 "las circunstancias aconsejen lo contrario". Dentro de esta última expresión, amén de los casos de incompatibilidad, pueden incluirse los supuestos en que el menor y quien pretenda representarle fueren coautores de los hechos, junto con otras situaciones.

Los casos más frecuentes de incompatibilidad son los de violencia intrafamiliar, cuando el progenitor o ascendiente es el perjudicado por el hecho. En ese contexto, de conformidad tanto con lo previsto en el art. 17.2 como en el art. 22.1.e) LORPM, el progenitor-víctima deviene inadecuado representante del menor, al surgir un conflicto de intereses entre ambos, por lo que debería buscarse tal representante dentro del círculo de familiares, guardadores legales o de hecho, o de las personas que pudiera designar el menor, siempre que tampoco resultasen directa o indirectamente perjudicados por su conducta delictiva, y se reputasen idóneos para ejercer dicha representación. Si no se hallaran o no existieran y el menor estuviera detenido, entraría en juego la previsión antes mencionada del art. 17.2, es decir, la representación subsidiaria del menor en su declaración por un Fiscal distinto del instructor -lo que constituye una auténtica aberración jurídica, habida cuenta de los principios constitucionales de unidad de actuación y dependencia jerárquica bajo los que actúan ambos Fiscales-, a cuyo efecto debería ordenarse la conducción del detenido a las dependencias de Fiscalía.

Pero al hilo de esas situaciones se observan otras de colisión de intereses, en este caso respecto de la designación del letrado que debe defender al menor tras la incoación de expediente (art. 22.1 b LORPM).

En supuestos de incompatibilidad entre el menor y sus representantes-víctimas, si se impide que los progenitores actúen como representantes legales de sus hijos en la declaración, por el conflicto de intereses existente, ese mismo conflicto, pero con mucha mayor trascendencia, por afectar al derecho de defensa, se dará a la hora de designar letrado si fuesen los propios ofendidos quienes escogieran al abogado que debe defender a su hijo imputado.

Al Fiscal en su tarea instructora, tal y como dispone el art. 6 LORPM, compete también *la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento.*

Y dentro de esos derechos el de defensa tiene carácter preeminente, con una posición aún más reforzada dentro del proceso penal de menores, debiendo los Sres. Fiscales velar para impedir que se puedan producir en la práctica situaciones como las descritas, que conculcarían la esencia misma del derecho de defensa (art. 24.2 CE).

De esta forma, cuando se atisbe una evidente incompatibilidad de intereses entre el menor y sus representantes legales, a la vez víctimas del delito, desde la Fiscalía se promoverá la designación de letrado defensor del menor a través del turno de oficio, conforme a lo prevenido en el art. 22.2 LORPM.

No obstante, habrá de reputarse válidamente realizada la designación cuando el menor imputado con suficiente grado de discernimiento y adecuada comprensión de la trascendencia del acto asuma como propia la propuesta por los representantes legales.

IV. 3. Notificación de expediente al menor imputado

La relación escueta de hechos, fecha, lugar y calificación jurídica provisional que debe contener el parte de incoación remitido al Juzgado debe incluirse también en la notificación del expediente a cada menor encartado, de cara a la formalización de la imputación, con independencia de que se le reciba luego declaración en calidad de imputado. Dicha previsión tiene especial importancia para aquellos casos en que, en los términos previstos en la Circular 1/2007 de la FGE, se prescinda finalmente de la declaración del menor imputado en el expediente de Fiscalía.

IV. 4. Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad

En estos casos es preciso incrementar la diligencia en la fase de instrucción, con el fin de evitar actuaciones descoordinadas y resoluciones divergentes, particularmente, cuando se trate de causas seguidas por los delitos más graves.

La actuación de las Fiscalías Provinciales, tanto la Sección de Menores como la Sección Penal ordinaria, deberá estar convenientemente coordinada y orientada, de forma que se evidencie una postura unitaria y coherente, resultando para ello esencial la labor de coordinación de los Fiscales Decanos, Delegados o incluso de las Jefaturas Provinciales o de Área correspondientes.

Lo anterior se traducirá en la recíproca remisión de testimonios (anticipados vía fax) entre la Sección de Menores y el Juzgado de Instrucción al que corresponda el conocimiento de la causa, que comprenderán, en primer término, las declaraciones de imputados y perjudicados. Debe tomarse en consideración que, con frecuencia, y en procedimientos por delitos muy graves, tendrán carácter previo las de Fiscalía, teniendo en cuenta el breve plazo para legalizar la situación del menor detenido (art. 17.5 LORPM). De igual manera el cruce de testimonios debería extenderse a las resoluciones que se hayan podido acordar sobre medidas cautelares y, en un estadio posterior, a los respectivos escritos de alegaciones (art. 30.1 LORPM) y calificaciones provisionales (arts. 650 y 781.1 LECrim), así como, en su caso, actas de audiencia y juicio y sentencias respectivas.

Los informes periciales de cualquier índole pueden ser realizados en la causa del Juzgado de Instrucción, expidiéndose testimonio para su unión al expediente de reforma, salvo que, para sortear el riesgo de consumir los breves plazos de la medida cautelar del art. 28 LORPM, sea el Fiscal quien las acuerde en su expediente, remitiendo luego copia al Juzgado de Instrucción que conozca de la causa.

Si procediera o hubiera de declararse el secreto de las actuaciones (art. 24 LORPM, art. 302 LECrim) para asuntos en que estén implicados mayores y menores de edad, será precisa también una especial coordinación en este punto, a través de la Fiscalía Provincial, de los distintos órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que en una causa pueda estar declarado el secreto y en otra no, o se alce en una antes que en la otra, con el consiguiente riesgo de filtraciones y de difusión del contenido de las diligencias de intervención acordadas.

Como regla general de proceder para cualquier tipo de infracciones -conforme al principio de celeridad informador de la Justicia Juvenil- la conclusión del expediente en Fiscalía no puede estar a expensas de los avatares que se produzcan en la instrucción paralela de la causa para los mayores de edad implicados. Por el contrario, cuando del expediente de reforma tramitado en Fiscalía resulten suficientes elementos para acreditar la participación del menor en el hecho y su calificación jurídica, procederá la conclusión del expediente, al margen de la causa que se siga en el Juzgado de Instrucción, y sin perjuicio de que pueda recabarse testimonio de esta última para aportarlo en el ulterior momento de la audiencia (art. 37.1 LORPM).

Sólo cuando la constatación de la participación de los menores en los hechos dependa exclusivamente de las diligencias ordenadas por el Juez de Instrucción en la causa de adultos, y pendientes de cumplimiento, se estará a la espera de su resultado, por razones estrictas de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al objeto de conjurar el riesgo de que se opte en una jurisdicción por continuar el procedimiento y en la otra no, concurriendo idénticos elementos probatorios para menores y mayores de edad.

Finalmente, dado ese cruce de testimonios que puede producirse entre ambas jurisdicciones en las causas paralelas, habrá de valorarse en función de las circunstancias de cada caso, la posibilidad de evitar que los perjudicados hayan de declarar en fase instructora tanto en la Sección de Menores como en el Juzgado de Instrucción.

IV. 5. Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM)

La potestad atribuida al Fiscal de archivar o instar el archivo de la causa por razones no de legalidad, sino de estricta oportunidad, en consideración a la levedad de la infracción y las circunstancias del menor, tiene su origen en la LO 4/1992 (art. 15.1.6[8]). Las primeras

consideraciones acerca de la misma se encuentran ya esbozadas en la Instrucción 1/1993 de la FGE.

Esa potestad se amplió luego en la LORPM, cuyos arts. 18, 19 y 27.4, tienen complemento reglamentario en el art. 5 del RD 1774/04, de 30 de julio, en lo relativo a las soluciones extrajudiciales. La Fiscalía General del Estado volvió a tratar el tema en la Circular 1/2000, pero sin ofrecer pautas o criterios para el ejercicio de dichas facultades.

Únicamente la Instrucción 2/2000 *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías,* se refiere incidentalmente al tema cuando, a propósito de las Juntas de Fiscales de las Secciones de Menores, considera *especialmente conveniente* que dentro de ellas se *fijen criterios uniformes para adoptar las soluciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley.*

La idea de un elenco o catálogo de delitos apropiados para el uso de estas facultades parece contraria a la razón de ser del principio de oportunidad en el Sistema de Justicia Juvenil, cuyas intervenciones se deciden no sólo en función del delito o falta cometido, sino también de las circunstancias del menor infractor. De esta forma, el Fiscal instructor puede moverse libremente dentro de los límites reglados de los artículos 18 y 19 de la LORPM.

Asumiendo esta consideración, desde la perspectiva que proporciona la experiencia acumulada en las Secciones de Menores de las Fiscalías tras una década de vigencia de la LORPM, pueden formularse una serie de pautas de carácter general y comúnmente admitidas, para orientar el ejercicio de las facultades ligadas al principio de oportunidad.

IV.5.1. Desistimientos del art. 18 LORPM

El desistimiento es la variante más radical del principio de oportunidad, en tanto en cuanto el procedimiento aún no se ha "judicializado", y su conclusión depende tan sólo de la decisión del Fiscal instructor, siempre dentro de los presupuestos legales.

El marco legal de esta figura es la posible imputación de un delito menos grave sin violencia o intimidación en las personas o faltas, y siempre que no conste que el menor hubiera cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza.

Como pauta general, la infracción adecuada al desistimiento será un hecho aislado que, por su propia naturaleza, no denote la presencia en el menor de factores criminógenos subyacentes, de riesgo social y de repetición de esa infracción penal u otras más graves, sino que responda más bien a una conducta antisocial puntual, propia de la adolescencia.

En definitiva, deberá tenerse presente que la finalidad del legislador es dejar al margen del procedimiento de menores la llamada *criminalidad de bagatela,* los hechos delictivos de menor importancia, para los que resulta innecesaria otra intervención si el menor es o ha sido corregido dentro del ámbito educativo y familiar en que se desenvuelve.

Pero pueden barajarse otras variables a tomar en cuenta a la hora de optar por el desistimiento.

Uno de esos factores es el tiempo transcurrido desde que el hecho se hubiese cometido. Una intervención tardía muchas veces puede ser desaconsejable, tal como se desprende del art. 27.4 LORPM.

De igual manera, y como otra manifestación más del transcurso del tiempo, la circunstancia de haber alcanzado la mayoría de edad el encartado será relevante a la hora de decantarse por la aplicación del desistimiento y evitar la aplicación extemporánea a un mayor de edad de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores.

También han de pesar en la reflexión consideraciones victimológicas. Cuando se trate de hechos con víctima individualizable, como regla general, es conveniente recibirle declaración para ponderar debidamente la decisión que ha de adoptarse.

Los perjuicios, patrimoniales o no, irrogados por la infracción, serán un factor digno de consideración a la hora de decantarse o no por el desistimiento. Es cierto que ni el art. 18, ni

tampoco el art. 19, relativo a las soluciones extrajudiciales, aluden en ningún momento a la satisfacción de las responsabilidades civiles como elemento condicionante para el ejercicio de esas potestades por el Fiscal. A ello debe añadirse que una hipotética petición indemnizatoria por parte del perjudicado, en caso de desistimiento (art. 18) o archivo (conforme al art. 19 LORPM), sólo podrá articularse en la vía civil ordinaria (Circular 1/2007 FGE). Pero no cabe duda que el haber satisfecho las responsabilidades civiles a favor de la víctima o del perjudicado, o haberle procurado debida satisfacción —si el perjuicio no fuera pecuniario- es un elemento a valorar positivamente de cara al desistimiento.

La referencia del art. 18 LORPM a que "el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza", abre la posibilidad al desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa. Sin embargo, la norma en este punto debe ser interpretada con prudencia y a partir de la consideración de que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios. De ese modo, la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales.

La concreción, por lo demás, de pautas más específicas para ejercitar esas facultades y a fin de mantener la necesaria unidad de criterio dentro de cada Fiscalía, debe realizarse a través de las Juntas de Sección, como indicaba la Instrucción 2/2000, teniendo en cuenta la *problemática específica de la criminalidad en el territorio.* Las actas de dichas Juntas deberán luego remitirse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores en cumplimiento de lo previsto en la Instrucción 3/2008 *sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores.*

De cara a la unidad de criterio cobra aquí especial importancia el visado. La propia Instrucción 2/2000 entendía que *resulta conveniente realizarlo en los supuestos de desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 de la LO. 5/00).*

IV.5.2. Sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa (art. 19 LORPM)

Las soluciones extrajudiciales gozan de gran aceptación por parte de las víctimas, que se sienten reconocidas y se les ofrece la posibilidad de un resarcimiento moral, evitando al tiempo el proceso, con la carga de victimización secundaria que conlleva. También son muy valoradas por los menores infractores, a quienes permite eludir el contenido estigmatizante del proceso.

Además, en este tipo de medidas puede encontrarse a menudo la vía natural de solución de ciertas manifestaciones delictivas que son reflejo de problemas sociales como el acoso escolar, o de fenómenos como la utilización de Internet y las nuevas tecnologías para la comisión o difusión de delitos.

En los frecuentes casos de conducción de un vehículo de motor o ciclomotor careciendo del permiso o licencia correspondientes (art. 384, párrafo segundo CP), cabe el desistimiento en caso de inexistencia de antecedentes, procurando transmitir al menor el reproche que su conducta merece; pero cabe también incoar un expediente instando al propio tiempo del Equipo Técnico que evalúe al menor proponiendo como solución extrajudicial, conforme al artículo 19, la realización, como actividad educativa, de un curso de seguridad vial.

Por ello debe potenciarse aún más la utilización de estas soluciones extrajudiciales, promoviendo la creación de los recursos correspondientes en aquellos lugares en que no existieran.

Como pauta general, en todos los casos, antes de acordar la desjudicialización deberá atenderse a la propia finalidad de esta opción, diseñada para ofrecer respuesta puntual a infracciones, igualmente puntuales, cometidas por menores. Este tipo de respuesta no sería la adecuada cuando las circunstancias concurrentes en los hechos o la situación del menor demanden medidas de intervención global sobre el mismo.

Aunque el resarcimiento patrimonial al perjudicado tampoco esté contemplado como condición para la aplicación de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, puede ser un elemento muy a tener en cuenta para impulsarlas en los casos en que constase su abono efectivo o existiese una voluntad real de llevarlo a cabo.

Esta afirmación debe matizarse, pues si se detectase riesgo de que el proceso del art. 19 pudiese frustrarse a consecuencia de posturas irrazonables de los perjudicados, o porque éstos vinculasen su aceptación a que se satisfagan pretensiones económicas desmedidas, cabrá la posibilidad de interesar el sobreseimiento en beneficio del menor que abre el art. 19-4 *(...cuando una u otros* —conciliación y reparación- *no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor).*

IV.5.3. El sobreseimiento del expediente conforme al art. 27.4 LORPM

El art. 27.4 LORPM, como una manifestación más del principio de oportunidad, permite, concurriendo los mismos presupuestos normativos que en el art. 19, interesar el sobreseimiento cuando el equipo técnico proponga en su informe *la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos.*

La posibilidad de sobreseimiento por haber sido el *reproche ya expresado suficientemente* es plenamente congruente con los principios de esta jurisdicción en la que han de evitarse al menor, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el proceso pudiese llegar a producirle, en la certeza de que, para muchos menores, el verse sometido a un expediente de reforma constituye ya corrección suficiente.

También es general el convencimiento sobre la ineficacia o inconveniencia de intervenciones tardías o extemporáneas.

Debe observarse, además, la remisión que a este precepto se hace en el art. 18 de la LORPM. Cuando el Fiscal estimara conveniente el desistimiento, pero no fuere éste posible por constarle al menor antecedentes por hechos de la misma naturaleza, *deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el art. 27.4 de la presente Ley.*

Pese a no estar previsto ni en la LORPM ni en su Reglamento, puede el Fiscal en su condición de instructor y defensor del interés superior del menor, proponer al Equipo Técnico que informe sobre las soluciones desjudicializadoras del art. 19 (conciliación, reparación, actividad educativa).

IV. 6. Intervención del Equipo Técnico

La elaboración de un informe por parte del Equipo Técnico sobre *la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social* (art. 27.1 LORPM), es requisito ineludible para la conclusión del expediente de reforma.

La presencia de profesionales especializados que aporten información personalizada sobre el menor sometido al procedimiento, constituye una nota común a la mayor parte de Sistemas de Justicia Juvenil y tiene su respaldo dentro de la normativa internacional. En tal sentido, la número 16ª de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores ("Reglas de Beijing"), de 28 de noviembre de 1985, en su apartado 1° señala que *para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiera cometido el delito.*

Las Secciones de Menores constatan que, con motivo de la elaboración de dichos informes, se generan a veces retrasos incompatibles con el principio de celeridad, esencial en la justicia juvenil. En ocasiones las demoras se deben a carencias en la previsión de plantillas de los Equipos, que resultan insuficientes en muchos lugares para cubrir las exigencias de trabajo.

En tal sentido, cuando se detecten situaciones de retraso en la emisión de informes por el Equipo, deben agotarse las posibilidades de flexibilización que la propia LORPM introduce: actualización de informes (art. 27.1), informes sobre actividades reparadoras (art. 27.2) e informes emitidos por entidades públicas o privadas que trabajen con el menor (art. 27.6) y conozcan su concreta situación.

Igualmente la Fiscalía, como superior funcional de los Equipos, puede dirigirles las indicaciones generales oportunas en cuanto a la extensión y profundidad de los informes requeridos, ponderando la gravedad de los hechos que se imputan al menor, la concurrencia de circunstancias especiales en el mismo y la previsión de medidas que se han de solicitar e imponer, priorizando la elaboración y la extensión de los informes para los casos de mayor entidad.

Desde esta perspectiva, se abordan, a continuación, dos problemas concretos, apuntando soluciones para optimizar de los recursos existentes.

IV.6.1. Informes orales en faltas

Una de las frecuentes críticas que de *lege ferenda* viene haciéndose a la LORPM es la ausencia de previsión en su articulado de un procedimiento distinto y diverso para las faltas, que permitiese mayor agilidad y premura en su tramitación, a semejanza del previsto en la LECrim.

La necesidad del mismo informe del Equipo Técnico, con independencia de la gravedad o levedad del hecho punible, constituye, en el caso de las faltas, un factor dilatorio añadido, difícilmente justificable desde la óptica principio de proporcionalidad.

Y la dimensión cuantitativa del problema no es baladí si se tiene en cuenta, a título de ejemplo, que solo en la Sección de Menores de la Fiscalía de Madrid, del total de escritos de alegaciones evacuados en 2010, un 26,32 'Yo correspondía a calificaciones por falta.

En esta tesitura resulta preciso buscar vías legales que permitan hacer efectivo el principio de celeridad en la tramitación de los expedientes por faltas, al menos en lo que hace a la emisión de informes por parte de los Equipos Técnicos.

Una de ellas, es la posibilidad de que los informes de los Equipos Técnicos sean prestados oralmente en el acto de la audiencia, cuando los hechos imputados sean constitutivos de falta, siempre que obren en el expediente otro u otros informes de estos Equipos sobre el mismo menor.

Para hacer factible tal posibilidad, y teniendo en cuenta la dependencia funcional de los Equipos respecto de la Fiscalía (art. 27.1 LORPM), se les podrán dirigir directrices en tal sentido, sin perjuicio de la labor precisa de coordinación y comunicación con los respectivos Juzgados donde hubieran de celebrarse las vistas.

IV.6.2. Intervención de uno o todos los profesionales del Equipo Técnico en el informe

Con independencia de la peculiar posición procesal que el Equipo Técnico ocupa dentro del proceso de menores, la doctrina de la Fiscalía General del Estado es clara en cuanto a considerar que el informe emitido por tales profesionales tiene carácter pericial. Así, la Instrucción 1/1993 decía que tenían *naturaleza de pericia! cualificada* y la Circular 1/2000, continuando en esa línea, señala que *dicho informe participa de la naturaleza del dictamen de peritos.*

En cuanto a si todos los profesionales deben intervenir en la confección de los informes, las únicas previsiones son las contenidas en el art. 27.1 de la LORPM y en el art. 4.1 de Reglamento de la LORPM. El primer precepto establece que el informe debe abordar "la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como su entorno social y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de adopción de alguna de las medidas previstas". Dicho artículo debe ponerse, a su vez, en relación, con el mencionado art. 4.1 del Reglamento que dispone que "los equipos técnicos estarán formados por psicólogos,

educadores y trabajadores sociales", consagrando la composición con la que se venía operando desde el año 1988.

De lo anterior se colige que, en principio y por su carácter multidisciplinar, el informe debe ser emitido por los tres profesionales, cada uno de los cuales abordaría un área específica.

Pero sentado ese principio general, deben delimitarse, con claridad, las consecuencias de la falta de emisión de informe en el expediente, distintas de las que pueden derivarse de aquellos otros casos en que, existiendo el informe, no esté firmado por los tres miembros, o alguno de ellos no hubiera tenido intervención.

En el primero de los casos, esto es, la ausencia de informe, al ser requisito inexcusable del procedimiento, se produciría la nulidad de actuaciones (así, SAP de Sevilla, secc. 3ª, n° 115/2002, de 26 de abril).

Pero esa no puede ser la consecuencia predicable para aquellos casos en que la irregularidad consista simplemente en la falta de firma o no intervención en el informe de alguno de los peritos. La respuesta aquí debe matizarse evitando incurrir en maximalismos y analizando, en cada caso, la entidad del informe, la medida que se solicita, los aspectos que pudieran haber sido omitidos, y su influencia en la debida comprensión del contexto psicológico y socio-educativo del menor.

La validez del informe emitido sin la concurrencia de alguno de los peritos puede también apoyarse en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido a interpretar con criterios flexibles la ausencia de los dos peritos exigidos por el art. 459 de la LECrim en el sumario ordinario, admitiendo que la pericial pueda practicarse por un único perito, sin que por ello deba estimarse que ha existido quebrantamiento de forma (así SSTS n° 320/2010 de 16 de abril; n° 264/2007 de 30 de marzo; o ATS n° 956/2007, de 8 de mayo).

En esta misma línea tampoco puede estimarse imprescindible que la entrevista al menor y sus familiares sea realizada por los tres miembros del Equipo, ni simultánea ni sucesivamente. No es requisito ni legal ni reglamentario que el menor y sus familiares hayan de ser entrevistados por los tres profesionales. A *fortiori,* esa hipótesis de actuación podría entorpecer la dinámica de trabajo de los equipos, amén de resultar más gravosa para el propio menor y sus familiares. Dicha consideración no obsta, claro está, para que en función de la peculiaridad —o gravedad del caso concreto- y circunstancias del menor sea conveniente que se realicen entrevistas separadas con los dos o los tres componentes del equipo.

IV. 7. Auxilios Fiscales

Con frecuencia, durante la tramitación tanto de diligencias preliminares como de expedientes de reforma, es necesaria la comunicación entre Secciones de Menores de diferentes Fiscalías, cuando se precisa la práctica de alguna diligencia o notificación que deba llevarse a efecto fuera de la demarcación provincial de la Sección instructora. Dichas comunicaciones se estructuran a menudo a través de los denominados auxilios fiscales, que vienen a ser un trasunto de los exhortos para cooperación entre órganos jurisdiccionales, contemplados en los arts. 273 y ss. de la LOPJ, 183 y ss. LECrim y 169 y ss. de la LEC.

El hecho de que en nuestro sistema procesal penal la función de instruir los procedimientos penales corresponda a los Jueces de Instrucción explica la ausencia de una reglamentación legal específica relativa a las comunicaciones entre Fiscalías, cuando éstas desarrollan labores instructoras.

En la doctrina de la Fiscalía General del Estado sólo encontramos breves referencias en la Circular 1/1989 a propósito del antiguo art. 785 bis LECrim (sustituido por el actual art. 773-2) y en la Instrucción 2/2000 *sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías.* En esta última, además de preverse la llevanza de un libro para el registro de los auxilios fiscales, se insistía como ideas básicas en que *se instarán a través de cualquier medio de comunicación incluso el telefónico, de manera que quede suficientemente acreditada su procedencia, debiendo* cumplimentarse *en el menor tiempo posible, recordándose en su caso la pendencia.*

Las comunicaciones entre las Secciones de Menores de las distintas Fiscalías deben estar presididas por la celeridad y flexibilidad, en evitación de prácticas burocráticas que puedan dilatar el curso del procedimiento. Se recurrirá al auxilio fiscal solamente para la ejecución de aquellas diligencias en que fuere estrictamente preciso, acudiendo preferiblemente a cualquier medio posible de comunicación inmediata, telefónica o telemática, de conformidad con lo señalado en la Circular 1/1989 y en la Instrucción 2/2000.

Dada la variedad de situaciones que en la práctica pueden plantearse se exponen a continuación los criterios generales que han de orientar la actuación de los Sres. Fiscales.

IV.7.1. Comunicaciones entre Fiscalías en las que se evitará recurrir al auxilio fiscal

Se evitará recurrir al auxilio fiscal:

A) Cuando la Sección de Menores que instruya una causa pretenda únicamente conocer los antecedentes que obren en la base de datos de un menor residente en provincia distinta. En este caso, bastará la comunicación telefónica con la Secretaría de la Sección correspondiente, extendiéndose diligencia de constancia de su resultado con arreglo a lo previsto en la Instrucción 3/2004, *sobre las consecuencias de la desaparición del Secretario en las Secciones de menores de las Fiscalías.* Si figurasen antecedentes del menor investigado se remitirán de inmediato por fax o e-mail para su incorporación a las diligencias. Esta comunicación es especialmente útil cuando se refiera a antecedentes policiales, pero cuando se trate de averiguar antecedentes judiciales, habrá que acudir al registro de sentencias firmes del Ministerio de Justicia.

B) Cuando solo se pretenda notificar a perjudicados decretos de desistimiento o archivo (arts. 4 y 16-2 LORPM), o de incoación de expediente (art. 22-3 LORPM), sin otras diligencias adicionales. En estos casos se practicarán las notificaciones por el Fiscal instructor, mediante correo certificado o recurriendo a cualquier medio que permita la constancia fehaciente de su recepción.

Se exceptuarán de esta regla general únicamente aquellos supuestos
aislados en que la notificación fuera acompañada de un requerimiento
que, por su trascendencia o sus efectos, exija práctica personal mediante comparecencia del interesado en la Secretaría de la Fiscalía correspondiente al lugar de su domicilio.

C) Cuando se pretenda la notificación de la incoación de expediente al menor imputado, siempre que no se inste su declaración u otras diligencias y las notificaciones a los perjudicados. Estas comunicaciones corresponden al Fiscal instructor que debe verificarlas a través de cualquier medio que permita la constancia fehaciente de su recepción, pudiendo optar por los más ágiles, como el fax con devolución de copia firmada, en el caso que el menor expedientado se encuentre interno en un centro.

D) Cuando se trate únicamente de llevar a efecto tasaciones periciales de daños. En este caso, el Fiscal instructor deberá recabar directamente la tasación de los peritos de que disponga en su sede de actuación, instándoles a que contacten con los perjudicados a fin de que remitan los presupuestos de reparación o facturas y demás documentación precisa para el evalúo, o haciendo dicho requerimiento directamente el instructor si lo considerase más oportuno al caso. Solamente debería recurrirse al auxilio en supuestos en que, por su trascendencia y cuantía excepcionales, quedase justificada la comparecencia personal del perjudicado en la Fiscalía de su lugar de residencia para la entrega de la documentación pertinente a la pericia.

E) Cuando se interese informe del Equipo Técnico respecto a menores con residencia en otra provincia, y respecto de los cuales se disponga de informes anteriores que no precisen actualización ni nueva exploración. En estos casos, a fin de evitar traslados innecesarios, podrán recabarse directamente por la Fiscalía instructora los informes del art. 27 de la LORPM del centro de internamiento o del Equipo Técnico de la correspondiente Sección de Menores. En tal sentido, se impartirán directrices a los miembros de los Equipos Técnicos.

F) Cuando se precisen diligencias policiales — declaraciones de imputados y testigos - que deban efectuarse en provincia distinta de aquella en la que se siguen las diligencias o expediente. Sin necesidad de auxilio, el Fiscal instructor dará las órdenes oportunas al grupo

de Policía Judicial especializada —en aquellos lugares donde sea efectiva la previsión contenida en la Disposición Final Tercera, apartado cuarto de la LORPM-, o, en su defecto, al grupo o grupos policiales con los que usualmente trabaje para que dichos funcionarios policiales, por vía interna, se coordinen con aquellos del lugar donde se hayan de practicar las diligencias y declaraciones a fin de llevarlas a cabo.

IV.7.2. Auxilios fiscales para declaración de imputados:

IV.7.2.1. Competencia para decidir la detención en caso de incomparecencia

En los casos de incomparecencia del menor citado — para declaración o exploración del Equipo Técnico — en vía de auxilio, si bien el Fiscal que realiza el auxilio tiene potestad por sí mismo para apercibir y acordar la detención y traslado, frecuentemente será más indicado que sea el Fiscal instructor que solicitó dicho auxilio, quien adopte tal decisión por cuanto ostenta el conocimiento completo del asunto, la dirección de las actuaciones y la potestad de ejercitar en su caso, las facultades inherentes al principio de oportunidad.

Por ello, si el Fiscal exhortante conceptúa necesaria la comparecencia del menor en la Fiscalía exhortada, deberá de modo inequívoco expresarlo así en el auxilio, indicando de manera explícita que la citación o citaciones habrán de cursarse con los apercibimientos correspondientes, y que la orden de comparecencia deberá convertirse en orden de detención, en caso de inasistencia injustificada.

Corresponde en todo caso a cada Fiscal instructor el libramiento de las órdenes generales para la averiguación de domicilio o detención y presentación de un menor imputado cuando no fuere habido.

IV.7.2.2. Menores detenidos en diferente provincia de aquélla donde se instruye o se ha de instruir el expediente

Cuando un menor fuera detenido en demarcación provincial distinta a la de la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores que deban conocer de la causa, la competencia para legalizar su situación corresponderá a la Sección de Menores de la provincia donde se materializa la detención, a través de su servicio de guardia. En estos casos, si fuera procedente la puesta del menor a disposición del Fiscal, la Sección de Menores que ulteriormente sea la competente para instruir, si previamente hubiera iniciado actuaciones, cursará auxilio urgente —vía fax, sin perjuicio de acudir a otros medios como el correo electrónico- con expresión de las diligencias que han de practicarse y acompañando la documentación oportuna.

En estos supuestos, si procediese poner al detenido a disposición del Juez de Menores e interesar la realización de la comparecencia prevista en el art. 28-2 de la LORPM, para solicitar alguna medida privativa de libertad, o alguna otra de las medidas previstas en ese mismo artículo, se hará así por el Fiscal exhortado, sin perjuicio de su comunicación y la debida coordinación con la Sección de Menores que lleve a cabo la instrucción, procediendo luego a su inhibición.

Si se diera el supuesto de un menor detenido en un municipio o población situados a mayor distancia de la capital que corresponda a su provincia que de la capital de la provincia limítrofe, cuya Fiscalía y Juzgado de Menores fueren los competentes para conocer de la causa, lo procedente —como matización a la regla anterior y de conformidad con el art. 505-6, primer inciso de la LECrim- sería verificar el traslado del detenido a la capital de la provincia vecina, sede de la Sección de Menores competente para instruir, dando esta última las órdenes pertinentes a la Fuerza instructora, tras haber comunicado telefónicamente con el Fiscal de la demarcación territorial donde se hubiera materializado la detención.

Excepcionalmente la facultad de legalizar la situación personal del detenido puede residenciarse en la Sección y Juzgado competentes para el conocimiento de la causa y a cuya sede territorial habría de ser conducido el menor por la Fuerza policial, siempre que concurran cumulativamente las siguientes condiciones:

A) Que se trate de un delito cuya instrucción revistiese especial complejidad.

B) Que la cuestión afecte a provincias o poblaciones limítrofes o muy próximas entre sí, y pueda acudirse a un medio de transporte que garantice el traslado del detenido en un corto intervalo temporal, sin riesgo de agotamiento del plazo máximo de detención policial.

C) Que así lo decida el Fiscal de la Sección de Menores que deba conocer de la causa, quien expedirá las órdenes oportunas a la fuerza policial que se ocupe de la custodia del detenido para que proceda a la conducción de éste, debiendo dar cuenta —siempre que fuera factible-al Delegado de su Sección y comunicar su decisión al Fiscal del servicio de guardia de menores del lugar de detención.

IV.7.3. Auxilios fiscales en los que se plantee o proceda alguna de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM

Cuando tras el examen del menor en vía de auxilio fiscal el Equipo Técnico de la Fiscalía exhortada propusiese alguna de las soluciones extrajudiciales previstas en el art. 19 de la LORPM, se comunicará tal incidencia por el medio más rápido posible que permita su constancia al Fiscal exhortante, para que de la misma forma acceda o rechace la propuesta, procediéndose en su caso a su ejecución.

De modo análogo, será también el Fiscal instructor el que resuelva cualquier incidente relativo a la ejecución de la conciliación, reparación o actividad educativa extrajudiciales, a efectos de valorar lo dispuesto en el art. 19-4 LORPM (si no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor) o 19-5 (si el menor finalmente no cumpliese la reparación o actividad educativa).

IV.7.4. Otras cuestiones: Idioma. Labor coordinadora de los Fiscales Delegados y resolución de eventuales controversias

Si se cursara un auxilio desde una Sección de Menores de una Comunidad Autónoma con idioma cooficial propio, a otra Sección en la que ese idioma no sea coincidente, el Fiscal exhortante deberá asegurarse de que el atestado, o cualquier otro documento escrito en lengua diferente al castellano que se adjunte, vayan acompañados de la correspondiente traducción, de conformidad con lo previsto en el art. 231.4 de la LOPJ.

En la asignación de auxilios entre los Fiscales de una Sección, cuando se hubiera librado un primer auxilio para un determinado asunto y hubiese que repetirlo o completarlo después, -por la razón que fuera-, con un segundo o sucesivos auxilios relativos al mismo procedimiento, se procurará arbitrar el reparto de forma que todos sean turnados al mismo Fiscal o equipo que conoció del primero.

Los Sres. Fiscales Delegados y en su caso, el Delegado Coordinador de la Comunidad Autónoma solventarán las diferencias de parecer que puedan surgir entre los Fiscales con ocasión de la ejecución de los auxilios. En los casos en que la labor mediadora de los Fiscales Delegados no diese fruto, la discrepancia deberá ser resuelta, en principio, por el Fiscal de Sala Coordinador de Menores, al que el art. 20 de EOMF atribuye la función de coordinación de la actuación de las distintas Secciones de su especialidad en las Fiscalías territoriales, debiendo no obstante, y en todo caso, dichos Fiscales Delegados, comunicar la discrepancia a sus respectivos Fiscales Jefes, a los efectos de que éstos puedan intervenir en la solución del conflicto en los términos previstos en el apartado III.4 de la Instrucción 4/2011.

IV.7.5. Declaración mediante video conferencia en audiencia de quienes hubiesen sido oídos vía auxilio

Cuando en la instrucción se hubiera acudido al auxilio fiscal para la práctica de declaraciones de testigos, informes periciales o forenses, el Fiscal deberá facilitar a los declarantes o peritos la intervención en el acto de la audiencia a través de videoconferencia, evitando en lo posible desplazamientos innecesarios. En esos casos, se formulará en tal sentido la propuesta de prueba en el escrito de alegaciones.

Ha de recordarse lo afirmado por la Instrucción 3/2002 *sobre actos que pueden celebrarse a través de videoconferencia,* en cuanto a que la exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de videoconferencia, fundadas en el principio de proporcionalidad,

constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal, puede conllevar la merma de alguno de sus derechos fundamentales.

V. FASE DE ENJUICIAMIENTO

V.1 Impulso de la celeridad

Una buena práctica para dotar de celeridad a las actuaciones es la de proponer al menor y a su Letrado, cuando se celebre comparecencia para la prórroga del internamiento cautelar adoptado, la conformidad, adelantando a ese momento la celebración del juicio, ya que en principio están presentes todas las partes necesarias, incluidos los representantes de los Equipos Técnicos.

Por otra parte, es conveniente velar por que los Letrados de la Defensa cumplan el plazo para formular alegaciones, instando en caso de incumplimiento la continuación del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 784 LECrim para el trámite del escrito de defensa en el Procedimiento Abreviado, según el cual, "si la defensa no presentare su escrito en el plazo señalado, (cinco días en el proceso de menores, artículo 34 LORPM), se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento... ".

Es igualmente una buena práctica la convocatoria de audiencia previa sin citación de testigos y peritos, a fin de evaluar las posibilidades de alcanzar una conformidad, cuando haya una alta probabilidad de llegar a un acuerdo, o a instancias del abogado del menor.

V.2. Tesis

El art. 37 LORPM regula de una forma peculiar un trámite similar al de la tesis prevista en el art. 733 LECrim y, en cierto modo, en el art. 788.3 LECrim para el procedimiento abreviado. Conforme a este precepto, al iniciarse la audiencia y tras las cuestiones previas, el Juez les pondrá de manifiesto a las partes *la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado.*

Esta singular previsión plantea el problema técnico de la incoherencia temporal que supone formular esta posibilidad cuando todavía no se han iniciado las sesiones del juicio, en un momento en el que —teóricamente- el Juzgador no ha podido formarse una convicción sobre los hechos ni sobre el Derecho.

Por ello, si el Juez de Menores plantea la tesis al inicio de la audiencia, como cuestión previa, como regla general es recomendable informar en el sentido de posponer la contestación a un momento procesal ulterior, en el que, una vez practicada toda la prueba, se esté en disposición de formular las alegaciones definitivas. La respuesta al planteamiento de la tesis se emitirá inmediatamente antes de modificar o elevar a definitivas las conclusiones contenidas en el escrito de alegaciones.

V.3 Salida del menor expedientado de la sala de vistas

El art. 37.4 LORPM dispone que *si en el transcurso de la audiencia el Juez considerara, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala, podrá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquélla.*

Es conveniente promover la utilización de las facultades previstas en el art. 37.4 LORPM para que, en interés del menor, éste no esté presente durante la lectura, ampliación o aclaraciones del informe del Equipo Técnico si, por las circunstancias concurrentes, la toma de conocimiento por parte del menor de su contenido puede resultarle perjudicial. Especialmente recomendable será promover el abandono de la sala de los menores cuando sean varios los sometidos a enjuiciamiento, siempre que así lo justifique el superior interés de alguno o algunos de ellos.

Esta pauta de actuación se justifica por los contenidos sensibles que los informes de los Equipos Técnicos suelen contener, no sólo respecto del menor sino también respecto de su familia, contenidos cuya exposición ante el mismo puede ser perturbadora.

También será de aplicación esta pauta de actuación en relación con la práctica de otras pruebas *(v.gr.* informes psiquiátricos) que pudieran lesionar el interés del menor sometido a proceso.

V.4 Presencia del Equipo Técnico en la audiencia

La racionalización del trabajo de los Equipos Técnicos es vital para la preservación de la celeridad de las actuaciones. La práctica revela cómo con demasiada frecuencia es precisamente la emisión de los trascendentales informes de los Equipos la que genera dilaciones. Parece evidente que la extensión y profundidad de los informes debe ser proporcionada a la entidad de cada caso, para cuya valoración deben tenerse presentes no sólo la naturaleza de los hechos imputados sino las propias circunstancias del menor expedientado.

En relación con la intervención del Equipo Técnico en el acto de la audiencia, es factible, como vía para una más adecuada racionalización del trabajo de estos Equipos, cuando existan varios, que para cada sesión de audiencias asista un solo representante de todos los equipos, el cual llevaría el informe elaborado por el Equipo correspondiente. Todo ello sin perjuicio de que, si se trata de un asunto complejo y se estima necesario o conveniente, asista el representante del equipo que lo elaboró. Igualmente, nada obsta a que, si durante la sustanciación de la audiencia por alguna parte se solicita la presencia de un miembro del Equipo que emitió el informe, pueda acordarse en tal sentido.

No obstante, en caso de que se hubiera producido una impugnación expresa del informe, será conveniente promover la asistencia del representante del Equipo que lo emitió.

V.5 Celebración de la audiencia a puerta cerrada

La LORPM opta por el principio general de que las sesiones, salvo resolución expresa en contrario, serán públicas, permitiéndose, por consiguiente, el acceso a la sala de vistas de los ciudadanos en general. Sin embargo, la posibilidad de excepcionar la publicidad se establece en términos de gran amplitud. Así, el Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas (art. 35 LORPM).

En cuanto a la celebración a puerta cerrada en interés del menor infractor, debieran ofrecerse respuestas matizadas a la hora de acordarla, ponderando, entre otros parámetros, si el sometido a enjuiciamiento es mayor de dieciséis años. En todo caso —salvo circunstancias excepcionales- debiera admitirse la presencia de la víctima y de sus familiares, teniendo en cuenta que tras la reforma de 2006 pasa a primer plano la necesidad de respetar los intereses de las víctimas.

También cabrá optar por la restricción de publicidad en protección de la víctima incluso contra el criterio del Letrado del menor imputado (vid. SSAP Pontevedra, secc. 3a, n° 1/2003, de 20 de febrero y Zaragoza, secc. 1a, n° 371/2001, de 27 de septiembre).

Siempre antes de adoptar la decisión sobre la publicidad de las sesiones o sobre la celebración a puerta cerrada, es necesario ponderar los intereses en conflicto. Esta última decisión requiere una resolución motivada, con referencia al caso concreto, no siendo ajustada a Derecho la práctica detectada en algunas Secciones de Menores y Juzgados de pedir y acordar la celebración a puerta cerrada por sistema y utilizando un informe o una resolución estereotipada.

V.6. Prohibición de identificación

La identificación del menor infractor en los medios de comunicación trae consigo el riesgo de estigmatización con la correlativa puesta en peligro del objetivo de la reinserción.

El Fiscal debe constituirse en —utilizando la expresión de la Circular 1/2000- *inflexible protector de la intimidad del menor.*

Sin perjuicio de dar por reproducida aquí la densa doctrina de la Fiscalía General del Estado al respecto (vid. Instrucciones 2/1993, 3/2005, 2/2006 y 1/2007), conviene aclarar un punto que ha sido objeto de discusión.

La prohibición de identificación en los medios contenida en el art. 35.2 LORPM (en *ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación)* sería también aplicable a los supuestos en que el imputado hubiere alcanzado ya la mayoría de edad, pues la *ratio* de la prohibición -que las infracciones cometidas durante la minoría de edad no obstaculicen el proceso de reinserción- seguiría concurriendo.

No obstante, en los supuestos en los que llegara efectivamente a infringirse el art. 35.2 LORPM respecto de un imputado sometido a la LORPM cuando la inmisión se hubiera consumado habiendo alcanzado éste la mayoría de edad, habrá de entenderse que el Fiscal carece de legitimación para promover acciones de protección de la intimidad y la propia imagen, conforme a las previsiones del apartado 4° del art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *de Protección Jurídica del Menor,* que solo otorga legitimación autónoma al Fiscal en relación con menores.

VI. SUSPENSIÓN DE CONDENA

La Fiscalía General del Estado admite la posibilidad de aplicar la suspensión de condena a delitos de extrema gravedad (vid. epígrafe III.5 de la Circular 1/2007).

Ello solo deberá tener lugar cuando el análisis global de los hechos y del menor o la evolución de éste desde la fecha de la comisión de los hechos a la fecha de imposición de la medida desaconseje la privación de libertad y sugiera la conveniencia de acudir a la suspensión.

Es condición indispensable de la suspensión que la extensión del internamiento impuesto no lo impida, por no superar los dos años. Por tanto, para fijar el límite máximo de medida a partir del cual ya no cabe en ningún caso acudir al instituto de la suspensión, lo que hay que tener en cuenta es la medida privativa de libertad, prescindiendo del *quantum* de libertad vigilada impuesto.

Precisamente la opción por la suspensión generalmente deberá ir acompañada de una libertad vigilada que permitirá comprobar si el menor evoluciona favorablemente y que habilitará para, en caso de incumplimiento, exigir la revocación del beneficio y el cumplimiento de la medida de internamiento. Es decir, lo que normalmente se suspende es el internamiento, pero no la libertad vigilada, por lo que —obviamente- ésta no ha de ser sumada a aquél para obtener el límite a partir del cual no cabe suspender.

Por último y como cláusula *ad cautelam,* la eventual aplicación de la suspensión a la ejecución de medidas en supuestos de extrema gravedad habrá de estar sólida y rigurosamente fundamentada, al tratarse de una excepción al régimen general del art. 10.1 b) LORPM. La regla general en estos casos será la no suspensión de la condena.

Esta última consideración debe entenderse aplicable a la suspensión de la ejecución de medidas en supuestos de máxima gravedad en relación con menores de 14 y 15 años.

VII. CUESTIONES RELATIVAS AL RECURSO DE CASACIÓN

La interpretación de la confusa regulación que de este recurso se contiene en el art. 42 LORPM es abordada por las Circulares 1/2000 y 1/2007.

Se han planteado dudas sobre la posibilidad de recurrir una sentencia a fin de sustituir sus aspectos parcialmente absolutorios por una condena. La respuesta ha de ser negativa. No cabe preparar e interponer tal recurso, al no adecuarse a los estrechos márgenes del art. 42 LORPM, pues la casación para unificación de doctrina sólo se concibe frente a sentencias condenatorias, no siendo posible articularla frente a sentencias absolutorias.

VIII. CUESTIONES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN

VIII. 1. Uso de video conferencia

En fase de ejecución el Fiscal podrá instar del Juzgado el uso de la videoconferencia en las comparecencias, evitando traslados innecesarios de los menores desde los Centros a la sede judicial, siempre perturbadores para el desarrollo de las actividades formativas y educativas programadas.

VIII. 2. Ejecución de la medida de permanencia de fin de semana

Es importante que cuando la medida de permanencia de fin de semana se cumpla en centro, especialmente si se hace de forma ininterrumpida, lo sea inmediatamente después de las privativas de libertad, incluso antes del periodo de libertad vigilada de los internamientos. Es improcedente ejecutar las medidas de modo que el menor que hubiera cumplido una medida de internamiento, después de salir en libertad para completar el periodo de libertad vigilada, volviese al centro para cumplir otra medida privativa de libertad.

VIII. 3. Régimen disciplinario

Aunque no está recogido expresamente en la Ley, el Fiscal está legitimado para recurrir sanciones disciplinarias impuestas al menor aunque éste no lo haga. Tal conclusión se fundamenta en la atribución al Fiscal de la función de velar por el respeto a los derechos de los menores (art. 6 LORPM), por lo que la omisión referida puede colmarse a través de una interpretación sistemática de la Ley. *A fortiori,* aunque la LORPM no prevé la notificación de la resolución sancionadora al Fiscal, sí lo hace el RLORPM que en su art. 76.2 dispone que asimismo, se notificará en igual plazo al Ministerio Fiscal y, en su caso, al letrado del menor.

La sanción de separación de grupo ha sido impugnada desde distintos foros. La STS 3ª secc. 6ª, de 10 de noviembre de 2006, al estudiar el desarrollo reglamentario, declara que *es la Ley la que recoge la sanción de separación de grupo y las medidas de contención que responden a situaciones distintas con un carácter restrictivo, limitándose el Reglamento...a desarrollar las previsiones legales, preservado siempre el necesario control judicial a efectos de evitar cualquier situación configuradora o encubierta de malos tratos o torturas.*

En todo caso, debido a sus propios contornos, esta medida debe aplicarse teniendo en cuenta su excepcionalidad, interpretando restrictivamente el concepto de alteración de la normal convivencia del centro grave y reiterada.

Siguiendo estos criterios restrictivos, no es admisible la medida cautelar de separación de grupo salvo que sea necesaria para restablecer el orden, o en términos del Reglamento (art. 80.1), evitar la persistencia de los efectos de la infracción y asegurar la integridad del expedientado y de otros posibles afectados.

La necesidad de evitar abusos en la medida de separación de grupo y en su adopción como cautelar exige una estrecha vigilancia por el Fiscal a partir de las comunicaciones que se realizan desde los centros.

Pese al plazo de 24 horas para recurrir y pese a que la adopción como cautelar en ocasiones generará el cumplimiento de la sanción antes de que se resuelva el recurso, no por ello debe desistirse en su tramitación. Nuestro máximo intérprete constitucional exige el respeto al principio de prohibición del *non tiquet* (vid. STC n° 120/2002, de 20 de mayo).

La resolución del recurso, aún en esos casos, puede tener importantes consecuencias: además del precedente en relación con la actuación del Centro, la sanción cumplida y posteriormente revocada o reducida debe entenderse abonable para el cumplimiento posterior de otras sanciones impuestas por acciones u omisiones anteriores a la referida revocación o reducción. A ello debe añadirse que la obtención de una resolución justa, comporta siempre una satisfacción moral para quien ve estimada su reclamación, fomenta su confianza en el funcionamiento del sistema, y favorece el proceso de integración en el mismo.

Debe reconocerse al menor que manifiesta su propósito de recurrir una sanción disciplinaria el derecho a la asistencia letrada.

VIII. 4. Registros de ropa y enseres

En relación con los registros de ropa y enseres, partiendo de que el art. 54.5.b) del Reglamento indica que estos registros se realizarán, normalmente, en presencia del menor, en caso de que los mismos se hagan en ausencia del mismo, habrá de acordarse así por resolución motivada, conforme a los criterios sentados por la STC n° 89/2006, de 27 de marzo.

Por otra parte, el registro con desnudo integral debe ajustarse a los parámetros de proporcionalidad y necesidad exigidos por la norma y por la Jurisprudencia. Este registro ha de fundarse en sospechas serias y bastantes de que el menor esconde en su cuerpo o ropa algún objeto ilícito, siendo necesario en todo caso agotar antes todas las posibilidades de inspección personal (cacheo).

VIII. 5. Ejecución de la medida de internamiento terapéutico

Ha de velarse por que la medida de internamiento terapéutico no quede desnaturalizada en su ejecución a través de la utilización de otro tipo de medidas que no respeten su esencia.

A tales efectos, habrá de analizarse el programa individualizado de ejecución, que deberá contener un programa de tratamiento de la problemática objeto del internamiento, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento, conforme a las previsiones del art. 27 del RLORPM.

VIII. 6. Refundiciones

En principio habrá de estarse a la medida impuesta en sentencia firme para llevar a cabo las refundiciones al amparo de la redacción de los artículos 12 y 47 LORPM. Sin embargo, en el supuesto de modificación de medidas impuestas en sentencia, habrá de tomarse como referencia la nueva medida fijada tras el incidente de modificación, para con ella efectuar la refundición.

Las acumulaciones y refundiciones previstas en la LORPM deben promoverse de oficio. Si el Juzgado de Menores no lleva a cabo de oficio la acumulación, habrá de instarse la misma, exigiendo un pronunciamiento expreso, interponiendo, en su caso, los correspondientes recursos.

Cuando se inicien los trámites de acumulación de las condenas de un menor deben tenerse en cuenta no sólo las pendientes sino también aquellas que, cumplidas, debieron haber sido objeto de acumulación si ésta se hubiera realizado en su momento.

Si al proceder a la acumulación y refundición de condenas existen medidas de internamiento y además medidas autónomas de libertad vigilada, una vez hecha la acumulación de los internamientos, se puede proceder a la acumulación y refundición de las medidas autónomas de libertad vigilada con las que procedan del segundo periodo de los internamientos, que ya han sido objeto de refundición. Sería absurdo cumplir en primer lugar la libertad vigilada del segundo periodo de los internamientos y luego las libertades vigiladas autónomas, acumuladas y refundidas.

En los antecedentes de hecho del auto que resuelva el expediente de refundición deben constar no sólo los datos identificativos de las ejecutorias en que aparece condenada la persona sobre la que versa la acumulación, sino también las fechas en que se cometieron cada uno de los hechos que dieron lugar a las condenas, así como las medidas que en cada sentencia fueron impuestas.

VIII. 7. Inspecciones a Centros de Internamiento

Las visitas de inspección de los Fiscales a los Centros de Internamiento, aún de forma somera, han sido tratadas en la Circular 1/2000, en la Instrucción 2/2000, y en la Instrucción 3/2004. Conforme al n° 14 del epígrafe III.-3 de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio *sobre* el *Fiscal de*

Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores se atribuye a las Secciones la función de visitar regularmente los centros de internamiento de menores, controlando su adecuación a las disposiciones legales y reglamentarias y el respeto a los derechos de los menores internados, inspeccionando las instalaciones, las medidas de seguridad e higiene y entrevistándose reservadamente con los menores que así lo soliciten, promoviendo la corrección de las deficiencias que se observen (arts. 4.2 EOMF y 56.2 i LORPM).

La Instrucción 3/2008, de 30 de julio encomienda al Fiscal de Sala Coordinador de Menores la función de impulso y participación en la adopción de Protocolos.

La Unidad Coordinadora de Menores elaboró, con fecha 9 de febrero de 2009 un Protocolo de Inspección a Centros de Reforma de menores. En la propia Exposición de Motivos del Protocolo se especificaba que el mismo debía utilizarse como "una guía y ayuda en la actividad inspectora de los Fiscales, teniendo un carácter orientativo, sin que deba entenderse que constriñe las singularidades del *modus operandi* de cada Sección de Menores".

Tal carácter orientativo, predicable con carácter general, hace aconsejable aprovechar la presente Circular para subrayar aspectos cuya relevancia hace que deban configurarse como obligatorios, sin perjuicio de partir de la plena vigencia del Protocolo, que lógicamente desciende a mayores detalles.

En este sentido, hay que empezar señalando que los objetivos de las visitas de los Fiscales deben ser los siguientes: en primer lugar, verificar que la dinámica de la relación jurídica procesal se acomoda a lo establecido en las leyes y reglamentos.

En el cumplimiento del objetivo de verificación de la relación jurídica procesal es conveniente que los Sres. Fiscales que giren la inspección comprueben extremos tales como la no superación de plazos de internamiento cautelar, la ubicación del sentenciado en un recurso ajustado al tipo de medida impuesta, la evaluación *in situ* del proceso de recuperación social del sentenciado en orden a instar la posible reconsideración de la medida impuesta, y la comprobación del efectivo cumplimiento del programa de ejecución.

En segundo lugar, verificar que la dinámica de la relación jurídica administrativa se acomoda a lo establecido en las leyes y reglamentos.

Son ejemplos de estas actividades de verificación todo lo relativo a la comprobación de que el menor internado se halla en un módulo acorde a sus circunstancias, la orientación al interno acerca de permisos de salida, comunicaciones, reclamaciones contra medidas de seguridad o disciplinarias, reclamaciones sobre tratamiento médico, sobre alimentación y el examen de dependencias y servicios.

En las visitas giradas a los Centros del territorio de la Fiscalía, los Fiscales visitantes deben posibilitar la audiencia de cualesquiera internados albergados en el Centro visitado, independientemente de que dependan en su relación jurídica procesal del Juzgado ante el que actúen o de otro distinto. Para esta segunda hipótesis, si las cuestiones suscitadas deben ser conocidas por el Juzgado de Menores del que dependa el menor entrevistado, el Fiscal visitante remitirá copia compulsada de los particulares del acta a la Sección de Menores actuante ante el Juzgado de Menores competente.

Las visitas de inspección serán objeto de previo aviso, con antelación, tanto por cortesía institucional como por posibilitar que los internos sean informados a efecto de que puedan formular peticiones de audiencia. No obstante, no hay que descartar *a limine* las visitas sin previo aviso si existe un motivo que lo justifique, pero no deben convertirse en norma de actuación.

El menor internado tiene derecho a entrevistarse con el Fiscal, pero no tiene, desde luego, obligación. La entrevista es voluntaria.

Las visitas se realizarán con una periodicidad adecuada teniendo en cuenta el número de centros y el volumen de internados dependientes del Juzgado de Menores ante el que actúa la Fiscalía. Es conveniente que cada centro sea visitado con una periodicidad que no exceda de 2 meses, por analogía al criterio establecido en las Circulares de visitas a establecimientos

penitenciarios. En todo caso, cada Centro de Internamiento (cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico) debe ser visitado al menos dos veces al año por Fiscales de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial en que radiquen.

Cuando el menor esté internado en un Centro ubicado en provincia distinta a la de la Sección de Menores que siga su expediente, su derecho a entrevistarse con el Fiscal de la Sección de Menores que siga su expediente podrá encauzarse, bien a través de la entrevista con el Fiscal de la provincia en que su ubica el centro, bien por otros medios. Para garantizar la reserva, se advertirá a la Dirección que la entrevista no debe ser oída por personal del Centro, adverándose esta circunstancia mediante confirmación del propio internado.

Si en el curso de las visitas de inspección a centros de internamiento ordinarios se detecta que un menor interno precisa de un tratamiento médico, psicológico o de educación especial que por sus características no pueda ser prestado en el centro de menores ordinario, se promoverá ante el Juez de Menores su traslado al centro sociosanitario que mejor se acomode a sus necesidades.

Es conveniente realizar igualmente un examen personal suficiente de las dependencias y servicios, comprobando su adecuado estado de conservación, seguridad, higiene y funcionamiento.

Sin perjuicio de que razones excepcionales motivadas justifiquen la visita por un único Fiscal, deben ser dos los Fiscales integrantes de la Comisión de Fiscalía que realice la visita.

En el caso de que como consecuencia de una visita de inspección se detecte la enajenación sobrevenida de un menor interno, deberá interesarse la suspensión de la ejecución de la medida que se impuso partiendo de que el menor era imputable (Disposición final 1ª LORPM en relación con el art. 60 CP). En su caso, podrá promoverse no solamente la suspensión de la medida en ejecución sino también la sustitución por una medida terapéutica de internamiento o tratamiento ambulatorio siempre con los requisitos y límites previstos en los arts. 13 y 51 LORPM y supletoriamente en el art. 60.1 CP.

El hecho de que en uso del art. 7.1b) LORPM se suspendan las actividades fuera del centro, no autorizará en ningún caso a trasladar al menor de un centro semiabierto a uno cerrado, por lo que si durante la inspección se detectara tal situación se hará constar en acta y se promoverán las medidas necesarias para remediarla.

Los Fiscales que realicen la visita, cuando lo estimen pertinente para el adecuado ejercicio de su función inspectora, podrán recabar las actas levantadas por los servicios de inspección interna de las Comunidades Autónomas.

La separación de grupo, por ser la sanción que mayor impacto puede tener en los derechos de los menores, debe, como se puso de manifiesto *supra,* ser objeto de especial supervisión, por lo que es conveniente que en las visitas de inspección se compruebe si se está ejecutando alguna (ya como medida cautelar, ya como medida definitiva) y en caso positivo, se supervise el estricto cumplimiento de las garantías previstas en el art. 66 RLORPM. Deben seguirse los criterios sentados por el punto 114 de los criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el que se indica que esta sanción debe cumplirse en la propia celda. Deberán justificarse los motivos cuando no sea así. El traslado por razones fundadas a celda individual de similares medidas y condiciones no puede suponer el empeoramiento de la situación del ejecutoriado.

En los casos en los que se detecte que un menor está cumpliendo medidas no acumuladas, se procederá a anotar los datos de las ejecutorias para, con posterioridad, dar cuenta al Fiscal competente conforme a las normas de reparto para que proceda a promover la acumulación.

En las inspecciones deberá comprobarse que los menores internados hasta la edad de 16 años, estén recibiendo la enseñanza básica obligatoria. También deberá comprobarse que para los mayores de 16 años existen recursos para continuar su formación (programas de garantía social, cursos de formación a distancia, cursos de formación ocupacional, etc.).

En el curso de la visita deberá comprobarse que existe una programación adecuada, para que además de participar en la formación, los menores tengan programas actividades de esparcimiento.

Si el condenado conforme a la LORPM ha sido trasladado a centro penitenciario en los supuestos previstos por la Ley (art. 14), habrán de ser los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria los que en sus visitas ordinarias se encarguen de llevar a cabo las entrevistas que se soliciten, dando cuenta con posterioridad a la Sección de Menores a los efectos procedentes (vid. Circular 1/2007, apartado VII.1 e Instrucción 3/2008, apartado III.-2.6).

Deberá asimismo confirmarse que los internos que vayan a ser próximamente puestos en libertad, cuenten ya con un técnico de libertad vigilada asignado y que se ha remitido a éste toda la información pertinente generada durante la estancia en el centro a fin de que pueda desempeñar eficazmente su cometido.

Igualmente se constatará que efectivamente los menores internos con edad de trabajar pueden acceder a un trabajo, ya en el Centro, ya fuera de él, de conformidad con su régimen y dentro de las disponibilidades de la entidad pública, según las previsiones del art. 53 RLORPM. Puesto que probablemente sea ésta la actividad con mayor potencialidad resocializadora, debe exigirse el máximo esfuerzo a la Entidad Pública para que los Programas de reinserción laboral sean efectivamente ejecutados.

Es necesario comprobar que si alguno de los menores internos sufre toxicomanías o enfermedades mentales, recibe asistencia y tratamientos adecuados, cualquiera que sea la naturaleza del Centro en el que permanezca internado y sin perjuicio, en su caso, de promover la correspondiente modificación de la medida impuesta, para asegurar que la misma se amolda al superior interés del menor.

Es conveniente evitar centros superpoblados, pues éste es uno de los factores que puede destruir la efectividad de la medida de internamiento en tanto es un factor potencialmente generador de ambientes peligrosos y de comportamientos violentos, imposibilitando un efectivo tratamiento rehabilitador. Por ello se hará constar en acta el número de plazas del Centro y el número de internos en el momento de girarse la visita de inspección.

Durante la visita habrán de recabarse datos sobre el número de internos con enfermedades transmisibles y medidas adoptadas para proteger a los demás internos y al propio personal del Centro.

Cuando se formulen propuestas o recomendaciones al amparo del art. 44.2 h) LORPM, el Delegado de la Sección de Menores correspondiente las remitirá a la Unidad Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado, a fin de que por ésta se estudie si procede promover su extensión a todas las Comunidades Autónomas.

En caso de detectarse en las visitas a Centros resoluciones contradictorias dictadas por distintos Jueces de Menores de diferentes provincias, las Secciones de Menores afectadas habrán de comunicarse entre sí a fin de unificar criterios. En caso de discrepancias, deberán someter la controversia al conocimiento del Fiscal Superior respectivo y del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, posibilitando el ejercicio de sus funciones de unificación de criterios.

Una vez en Fiscalía, se levantará acta que firmarán los Fiscales visitantes, en la que se reflejará el contenido de las audiencias de cada interno numeradas conforme a orden de realización, con expresión sucinta del problema planteado, y de si queda o no instruido de la solución del mismo; en el contenido de cada entrevista se reseñarán las diligencias llevadas a cabo, en su caso, para la solución.

Conforme al n° 14 del epígrafe III.-3 de la Instrucción 3/2008, de 30 de julio sobre el Fiscal de Sala Coordinador de Menores y las Secciones de Menores, cuando se detecten en el ejercicio de estas funciones inspectoras deficiencias que deban ser corregidas, habrán de ser comunicadas a la Autoridad Autonómica competente. Si pese a tal comunicación las insuficiencias no son enmendadas en plazo razonable, atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

VIII. 8. Visitas de Letrados a Centros

Los Letrados de los menores internos en Centros pueden visitar a éstos los días que consideren oportunos.

Ello no obstante, los Letrados deben anunciar con antelación la comunicación, a fin de que el Centro fije la hora, y en su caso, el lugar.

La atribución para fijar la hora concreta en la que deba llevarse a cabo la entrevista corresponde al Centro de Internamiento. Tal atribución tiene una clara justificación basada en la necesidad de ordenar las actividades del menor conforme a su superior interés, tratando de que se perturbe lo menos posible su programa diario.

El hecho de que la atribución para fijar la hora concreta en la que deba llevarse a cabo la entrevista no se prevea en la Ley y sí sólo en el Reglamento no supone una extralimitación de éste.

La limitación temporal de la entrevista no tiene cobertura legal ni reglamentaria, pudiendo infringir el derecho de defensa, por lo que, como criterio general, es conveniente que los Fiscales, en tanto garantes de los derechos de los menores (art. 6 LORPM), apoyen las quejas que al respecto pudieran formularse (art. 44.2 f) LORPM).

VIII. 9. Supervisión de la situación de los hijos de menores infractores ingresados en Centros

El art. 34 del Reglamento de la LORPM regula el internamiento de madres con hijos menores.

El texto de este precepto dispone que:

1. Las menores internadas podrán tener en su compañía, dentro del centro, a sus hijos menores de tres años, siempre y cuando:

En el momento del ingreso o una vez ingresada, la madre lo solicite expresamente a la entidad pública o a la dirección del centro.

Se acredite fehacientemente la filiación.

A criterio de la entidad pública, dicha situación no entrañe riesgo para los hijos. Lo autorice el juez de menores.

2. Los posibles conflictos que surjan entre los derechos del hijo y los de la madre originados por el internamiento en el centro se resolverán por el juez de menores, con independencia de lo que acuerde respecto al hijo la autoridad competente.

3. Admitido el niño en el centro de internamiento, deberá ser reconocido por el médico del centro y, salvo que este dispusiera otra cosa, pasará a ocupar con su madre la habitación que se le asigne, que será en todo caso individual y acondicionada a las necesidades del niño.

Las previsiones del Reglamento regulan la materia de modo mucho más superficial que los arts. 178 a 181 y concordantes del Reglamento Penitenciario, que incorpora un verdadero catálogo de derechos del niño internado con su madre, entre los que cabe destacar las relativas a actividades lúdicas, salidas del niño con su madre, especialista en educación infantil, pediatra, horas de descanso y de juego, visitas al niño, subvención de material infantil, compañía y vehículos idóneos en el caso de traslados (art. 37), programa de actividades educativas (art. 125), y alimentación infantil (art. 226.3)

Tampoco recoge el Reglamento de la LORPM disposiciones en relación con las menores internas embarazadas, salvo la prohibición de usar medios de contención personal. No existen previsiones sobre controles de obstetricia, vigilancia del curso del embarazo o asistencia al parto.

Debe no obstante en este punto recordarse la doctrina sentada por la Circular 1/2000, conforme a la que *la Ley deberá ser integrada por los principios generales aplicables, algunos de ellos de rango constitucional, como la finalidad resocializadora de las medidas (art. 25.2*

Constitución y art. 55 de la LORPM), los principios inspiradores de la Ley, como el del superior interés del menor, el catálogo de los derechos y deberes de los menores internos recogido en los arts. 56 y 57 LORPM, las Reglas de Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General), los preceptos reglamentarios autonómicos de desarrollo de las leyes anteriores y que no hayan de considerarse derogados, y, en general, se deberá hacer uso -como ya se venía haciendo en la aplicación de la LO 4/1992- de la analogía in bonam partem, acudiendo a la legislación penitenciaria para fundamentar aquellas actuaciones que se reputen beneficiosas para el menor.

Por ello, hay que partir de que existe un catálogo de derechos penitenciarios, reconocidos por el Reglamento Penitenciario, que deben ser respetados también en el ámbito de menores.

Para asegurar este respeto es imprescindible que, en el curso de las visitas de inspección a centros de internamiento, se examinen las dependencias que pudieran estar asignadas a embarazadas y madres, se hable con ellas y en su caso se contacte con los niños, se indaguen los servicios médicos de que disponen y, en caso de detectar deficiencias, los Fiscales hagan constar su disconformidad a la dirección del centro, dando oportuna cuenta de las disfunciones detectadas.

Es necesario tener especialmente en cuenta las previsiones contenidas en el epígrafe 13 (supervisión de la situación de los niños en Centros y Unidades Penitenciarias) de la Instrucción 1/2009, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores* en cuanto sean beneficiosas para las madres y, especialmente, para sus hijos.

VIII. 10. Menores ejecutoriados en situación de desamparo

El que un menor esté sometido a una medida de reforma en nada afecta a la obligación de la Entidad Pública de adoptar medidas de protección cuando éstas sean necesarias.

Es conveniente que los Fiscales, en tanto depositarios de la doble función de promotores de la acción de la justicia también en el Sistema de Justicia Juvenil y de supervisores de la actuación protectora de la Administración, velen por que ésta adopte las medidas de protección procedentes también sobre los menores sometidos a medidas impuestas conforme a la LORPM.

VIII. 11. Abono de medidas cautelares

A la hora de abonar medidas cautelares debe darse por reproducido el texto de la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2004, de 22 de diciembre, *sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (primera parte),* que asume la interpretación correctora del Tribunal Supremo tendente a ampliar los márgenes del abono, evitando efectos criminógenos: "ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir del momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1" (SSTS 808/2000, de 11 mayo y 2394/2001, de 18 diciembre).

La detención preventiva sufrida también debe abonarse para el cumplimiento de la medida. A efectos de realizar la conversión, un día de detención preventiva (aunque no se hayan agotado las 24 horas) equivaldrá a un día de internamiento cerrado.

Mención aparte merece la conversión cuando se produce una conformidad. En estos supuestos, con el fin de promover al máximo el principio de celeridad, si durante la causa se han adoptado medidas cautelares, salvo circunstancias excepcionales, la conformidad debe condicionarse a la aceptación del *quantum* de la medida que ha de ser abonada, debiendo ponerse en conocimiento del Juez el acuerdo global alcanzado, para que en el mismo acto de la aprobación de la conformidad y previa audiencia del Equipo Técnico, conforme a las

previsiones del art. 28.5 LORPM, se apruebe el quantum de medida cautelar que va a ser aplicado y por tanto, se allane el procedimiento de liquidación. Con este sencillo expediente, se orilla el camino de la ejecución y queda resuelto un incidente que -si la Defensa plantea discrepancias en cuanto a los módulos de conversión- podría llegar a dilatar esta trascendental fase.

IX. CONDENA EN COSTAS

Los menores declarados penalmente responsables conforme a la LORPM, deben ser igualmente condenados en costas conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 LECrim, incluyendo, en su caso, las de la acusación particular.

El argumento fundamental para defender la aplicación de las disposiciones sobre la condena en costas contenida en los arts. 239 a 246 LECrim y 123 y 124 CP es el de que la falta de regulación supone la activación de la aplicación de la LECrim y del Código Penal conforme a la previsión contenida en la Disposición Final Primera LORPM. Por los mismos motivos no cabe hacer extensiva la condena en costas del menor a los terceros responsables civiles.

La condena en costas no abarcará en principio (con las excepciones previstas en el art. 32 apartado quinto LEC) los gastos de procurador, habida cuenta que su intervención no es preceptiva.

Para que el Juzgado de Menores pueda condenar en costas incluyendo las devengadas por la acusación particular o por el actor civil es necesario que exista una petición por el interesado en tal sentido, salvo que se trate de delitos únicamente perseguibles a instancia de parte. (vid. SSTS n° 37/2006, de 25 de enero; 1784/2000, de 20 de enero; 1845/2000, de 5 de diciembre y 560/2002, de 28 de marzo).

Cuando el expediente se siga por delitos únicamente perseguibles a instancia de parte (vid. apartado IX.6 de la Circular 1/2007, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006, relativo al régimen de la injuria y la calumnia)* el Juzgado de Menores debe, de oficio, si la sentencia es condenatoria, condenar en costas e incluir las devengadas por la acusación particular.

La inclusión de los gastos generados por la acusación particular ha de estimarse procedente salvo que su intervención haya sido notablemente perturbadora y sus peticiones absolutamente heterogéneas en relación con las acogidas en la sentencia (SSTS n° 271/2010, de 30 de marzo; 1034/2007, de 19 de diciembre y 518/2004 de 20 de abril). La inclusión en la condena en costas de las devengadas por la acusación particular es la regla general. Es el apartamiento de la regla general el que debe ser especialmente motivado, porque la actuación de esa acusación haya resultado notoriamente inútil o superflua o se hayan formulado pretensiones absolutamente heterogéneas respecto a las conclusiones aceptadas en la sentencia (STS n° 444/2010, de 17 de marzo).

X. CUESTIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

X.1 Determinación del *quantum* indemnizatorio

Debe entenderse aplicable supletoriamente en el proceso penal de menores la previsión del art. 788 párrafo 2° LECrim según la cual no será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma.

Cabe, por tanto, que los pronunciamientos civiles estén determinados en la sentencia con precisión o que en ésta sólo se hayan determinado las bases.

Conforme a la regla 1 ª del art. 794 LECrim *si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión se dará traslado a las demás para que,* en el *plazo común de diez días, pidan por*

escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia.

El art. 794 LECrim se refiere al procedimiento abreviado, pero sus previsiones pueden aplicarse a cualquier modalidad de procedimiento penal, incluido el proceso penal de menores, en base a la cláusula de supletoriedad contenida en la Disposición Final Primera de la LORPM.

A mayor abundamiento, tras la reforma 8/2006 el párrafo segundo del apartado primero del art. 39 LORPM dispone que *en la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el art. 115 del Código Penal.*

La remisión expresa al art. 115 CP también implica aplicar en el proceso penal de menores la regla que establece que *los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.*

Por tanto, será posible diferir para la fase de ejecución la determinación de la cuantía concreta de la indemnización.

Ello no obstante, no puede utilizarse este mecanismo si no se fijan las bases para la determinación de esa cuantía concreta. Es necesario que la sentencia fije con claridad las bases o conceptos que permitan liquidar *ex post* la cuantía concreta. No es admisible que la sentencia deje sin determinar las líneas generales de la responsabilidad civil y que se remita a la ejecución de sentencias, pues ello supondría una violación del derecho a un proceso con las debidas garantías.

En este sentido puede citarse la SAP Madrid secc. 4' n° 63/2002, de 1 de octubre, que en relación con una sentencia en la que el Juez de Menores condenaba por unas pintadas en el metro y declaraba que el importe no había quedado acreditado, remitiendo a la fase de ejecución de sentencia para fijar la concreta cantidad, considera que no procede tal remisión a la fase de ejecución al no haberse fijado ni el importe exacto ni las bases para su determinación.

El incidente de liquidación de cuantía se tramitará, pues, conforme a las reglas del art. 794 LECrim. Debe reseñarse que solamente cabe proponer prueba en relación con las bases establecidas en la sentencia, las cuales constituyen el límite del que no cabe salir. El auto del Juez de Menores resolviendo será susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

X.2 Responsabilidad civil y emancipación

Deben distinguirse los casos en los que la emancipación derive de la vida independiente del menor consentida por los padres. En esta emancipación tácita por concesión de los padres, prevista en el art. 319 CC, éstos pueden revocar el consentimiento, por lo que debe entenderse que no produce el efecto extintivo de la patria potestad. En tanto no extingue la patria potestad, no debiera tampoco eximir a los padres de responsabilidad. Además de este fundamento, podría argumentarse que precisamente la comisión del delito generador de responsabilidad civil pone de manifiesto que el menor no estaba debidamente preparado para vivir independientemente de sus padres, debiendo éstos, como consentidores de esa emancipación *de facto,* responder solidariamente con el menor. Cabe afirmar que esta responsabilidad incluso podría eventualmente considerarse agravada por una especialmente intensa infracción de los deberes *in vigilando* e *in educando* si se permitió al menor vivir independientemente cuando aún no estaba preparado para ello, excluyéndose las posibilidades de moderación que brinda el art. 61.3 *in fine* LORPM.

Debe por tanto afirmarse con carácter previo que la emancipación tácita no supone la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de los padres.

Mayor complejidad generan los supuestos de emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, por concesión judicial o por matrimonio.

En principio, una interpretación sistemática lleva a la conclusión de que, tras la emancipación formal del menor de edad (arts. 314 y ss CC), cesaría la responsabilidad de sus padres respecto de hechos cometidos con posterioridad.

También quedaría sin efecto la responsabilidad del tutor en el supuesto del menor tutelado que obtuviere el beneficio de mayor edad (art. 321 CC).

En definitiva, sin necesidad de entrar en disquisiciones sobre la obligación de guarda y su repercusión en la responsabilidad civil, la emancipación es una causa de extinción de la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el art. 169 CC y ello debe repercutir en el régimen de responsabilidad solidaria instaurado por la LORPM en su art. 61.3, al igual que repercute en el régimen de responsabilidad de padres y tutores establecido en el art. 1903 CC.

Este principio general debe, no obstante, excepcionarse en los supuestos en los que pudiera llegarse a la conclusión de que la emancipación por concesión de los padres ha sido realizada en fraude de Ley. Habría de considerarse a la emancipación en fraude de Ley (art. 6.4 CC) cuando se hubiera llevado a cabo, no con la finalidad de dotar de mayor capacidad de obrar a un menor al que por las circunstancias concurrentes puede presumírsele capacidad para regir su persona y bienes como un adulto y que dispone de medios para llevar a cabo una vida independiente (ámbito natural de la emancipación), sino precisamente como una vía de los padres para liberarse de su obligación de velar por el menor, en supuestos en los que el mismo ni tiene madurez ni medios para vivir independientemente.

Será pues un análisis casuístico, tamizado por el principio de protección a las víctimas *(pro damnato)* el que oriente acerca de si los padres del menor formalmente emancipado deben continuar respondiendo civilmente de los actos u omisiones ejecutadas por el mismo.

En efecto, ha de partirse de que la decisión sobre la emancipación debe respetar el principio del superior interés del menor, como exige el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, y tal principio se vería claramente conculcado cuando se emancipa a quien no tiene capacidad ni medios para vivir independiente (vid. SAP Guipúzcoa, secc. 2ª, n° 2326/2006, de 26 de octubre).

En esta línea se rechaza la concesión de la emancipación, entre otros motivos porque "supondría una desprotección de la menor, pues no consta de qué medios dispone para llevar una vida independiente". (AAP Cáceres, secc. 2a, n° 27/1999, de 15 de abril).

Cuando se alegue la emancipación por concesión de los padres a efectos de excluir la responsabilidad de los mismos, deberá indagarse (a instancias de los perjudicados, si están todos ellos personados o de oficio, en caso contrario) acerca de su corrección, básicamente a través del interrogatorio del propio menor y por medio de la información proporcionada por el informe del Equipo Técnico.

X.3 Cuestiones relativas a la ejecución de las disposiciones civiles de la sentencia

El párrafo primero del art. 4 LORPM dispone que e*/ Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.*

Claramente quiere realzar el legislador el papel institucional -ya establecido en el art. 3.10 EOMF- del Fiscal como defensor de los derechos de la víctima. Una de las manifestaciones de esa función del Fiscal es la de promoción de la acción civil no solo para obtener un pronunciamiento en sentencia, sino especialmente para lograr que tal decisión llegue a ser efectiva mediante la ejecución de lo resuelto.

La reciente Instrucción n° 2/2008, *sobre las funciones del Fiscal en la fase de Instrucción* exhorta a los Sres. Fiscales *a promover el aseguramiento de las responsabilidades civiles.*

La carencia de efectividad de las disposiciones civiles de la sentencia penal ha generado, con demasiada frecuencia, frustración entre las víctimas.

Ya la Instrucción n° 1/1992, de 15 de enero, de la Fiscalía General del Estado *sobre tramitación de las piezas de responsabilidad civil,* postulaba que el ejercicio de la acción civil

conjuntamente con la penal debe *tener en el proceso penal eficacia suficiente para no convertirse en un nuevo alarde burocrático carente de sentido.*

Esta falta de efectividad trae causa en no pocos supuestos en la insolvencia del penado, en un relevante porcentaje procedente de ámbitos marginales. Debe, no obstante, repararse en que este obstáculo es estadísticamente muy inferior en el proceso penal de menores, toda vez que junto al menor van a responder solidariamente otros responsables civiles, frecuentemente alejados del mundo de la delincuencia.

En otras ocasiones la falta de efectividad de los pronunciamientos civiles deriva de la deficiente aplicación de los mecanismos para localizar bienes del ejecutoriado y para realizarlos. Esta segunda traba ha de superarse mediante el celo del Juez de Menores y del Fiscal. No debe olvidarse que el Legislador ha querido establecer como una de las vías de legitimación social de la LORPM la de dar satisfacción efectiva a las víctimas, para evitar que las mismas —especialmente en delitos de mayor gravedad- puedan experimentar un sentimiento de desamparo. Ello tiene su reflejo en el establecimiento de un régimen más estricto que el previsto en el Código Civil mediante la responsabilidad cuasi objetiva, solidaria y directa, junto al menor, de sus padres y guardadores.

A efectos de la ejecución de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal son, en virtud de la Disposición Final Primera LORPM, supletoriamente aplicables las disposiciones de la LECrim sobre ejecución, en especial las contenidas en la regulación del procedimiento abreviado.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado n° 1/2002, de 24 de septiembre declaraba que "...la sentencia definitiva recaída en la Pieza Separada de Responsabilidad Civil constituye un auténtico título ejecutivo (art. 517 LEC). Con base en él, sólo se despachará ejecución a petición de parte, tal y como señala el art. 549 LEC."

Tras la reforma 8/2006 tales conclusiones quedaron sin efecto, como ya resolvió la Circular 1/2007 *sobre criterios interpretativos tras la Reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006.*

Por tanto, la ejecución de las disposiciones relativas a la responsabilidad civil debe desarrollarse de oficio por el Juzgado, como derivación del principio *pro damnato.* Ello ha de entenderse sin perjuicio de la función dinamizadora del Ministerio Fiscal en caso de que hubiere ejercido la acción civil, reaccionando frente a posibles inactividades del órgano jurisdiccional.

Debe tenerse muy presente la Instrucción n° 1/1992, de 15 de enero, que a tales efectos es plenamente aplicable al proceso penal de menores: los Sres. Fiscales *se abstendrán de informar favorablemente el archivo provisional de una ejecutoria, mientras no quede acreditado el pago de las indemnizaciones derivadas del delito, o la verdadera situación de insolvencia del condenado y, en este último caso, sólo se solicitará el archivo provisional, mientras no haya prescrito el plazo para exigir las indemnizaciones civiles concedidas, instando periódicamente la revisión de las ejecutorias archivadas provisionalmente, para averiguar si el condenado ha venido a mejor fortuna, ya que, aunque ello suponga un aumento de la carga de trabajo para los Fiscales, Juzgados y Tribunales, es la única forma de que se dé debido cumplimiento al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución Española y a que se dé un paso más en nuestro país en la protección a la víctima del delito.*

Del mismo modo es aplicable al proceso penal de menores la Instrucción 1/2010, *sobre las funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales* cuando establece que los Sres. Fiscales "deberán vigilar que en la ejecución de las sentencias se dé debido cumplimiento a los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil derivada del delito. La obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar la acción civil prevista en los artículos 108 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se extiende tanto a formular las pretensiones oportunas a favor de los perjudicados en el escrito de calificación provisional y en el acto del juicio oral, como a velar por el cumplimiento de las decisiones judiciales en relación con estos extremos en la fase procesal de ejecución de sentencia, hasta lograr el efectivo resarcimiento de los perjuicios derivados del delito...Por tanto, los Sres. Fiscales deberán velar por la satisfacción completa de la responsabilidad civil en los términos dispuestos en el fallo de la

sentencia, y cuidarán que el importe de la misma sea entregado a las personas que tengan reconocida la condición de perjudicados en la sentencia, extremo éste que deberá quedar también debidamente documentado en la ficha ejecutoria correspondiente. A tal fin se vigilarán especialmente estos extremos con carácter previo a informar el archivo provisional o definitivo de la ejecutoria".

También es aplicable al proceso penal de menores el art. 989 LECrim. Este artículo, que ha sido modificado por la reforma de la Ley 13/2009, hunde sus raíces en las reivindicaciones de la victimología.

El art. 989 LECrim posibilita también en el proceso penal de menores la utilización de los potentes sistemas de información que el ordenamiento jurídico administrativo pone a disposición de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y de los organismos tributarios de las haciendas forales.

Este precepto trata además de evitar los archivos de las ejecutorias sin ejecución de la parte dispositiva civil por el mero hecho de que se haya declarado la insolvencia del penado, en tanto las investigaciones patrimoniales tendrán por objetivo "poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia".

Por otra parte, la ejecución provisional constituye sin duda un poderoso instrumento en protección de las víctimas. Conforme al apartado primero del art. 989 LECrim *los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989, de 8 de marzo, *sobre el Procedimiento Abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre,* en relación con la ejecución provisional disponía que *son ejecutables provisionalmente las sentencias que contengan pronunciamientos sobre responsabilidad civil cuya cuantía esté precisada en el fallo o éste determine los módulos para el señalamiento de esa cuantía, de modo que su fijación pueda realizarse por simples operaciones aritméticas o pueda ser determinada fácil y precisamente...También podrán ejecutarse provisionalmente las sentencias con objeto o naturaleza diferente -indemnización a fijar en el incidente de ejecución, mediante aportación de nuevas pruebas o elementos- cuando el Juez considere que con su ejecución no se puede ocasionar un perjuicio irreparable.* Esta Circular admite la ejecución provisoria tanto respecto de sentencias de los Juzgados de lo Penal como de las de las Audiencias Provinciales.

Por los mismos motivos debe defenderse la posibilidad de ejecución provisional de las disposiciones civiles de las sentencias dictadas por los Juzgados de Menores (vid. Circular 1/2007 epígrafe VIII.14).

Una vez determinado el *quantum* indemnizatorio, procederá realizar las fianzas o embargos constituidos como medidas cautelares durante la tramitación de la causa. En otro caso se procederá por la vía de apremio contra el patrimonio de los responsables civiles, si no las satisfacen éstos voluntariamente. Serán de aplicación supletoria las disposiciones de la LEC.

También será supletoriamente aplicable el art. 125 CP que permite al Juez acordar el fraccionamiento del pago de las responsabilidades civiles, tanto respecto del menor como responsable civil directo como respecto de los demás responsables solidarios.

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, *relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, por la que se regula la responsabilidad penal de los menores* se refería al archivo definitivo en los siguientes términos: "en cuanto la entidad pública considere que han sido ejecutadas en su totalidad las medidas impuestas, lo deberá poner en conocimiento tanto del Juez de Menores como del Ministerio Fiscal (art. 53.1). El Juez deberá valorar la información remitida por la entidad pública y en caso de estimarlo procedente acordar el archivo de la causa, mediante auto. De este auto se dará traslado al Fiscal para serle notificado. Lógicamente el Fiscal deberá comprobar que la ejecutoria está completa y que consta, aparte de los informes justificativos del cumplimiento de las medidas impuestas, la remisión de la sentencia firme al Registro especial previsto en la Disposición Adicional tercera de la Ley".

Tras la reforma 8/2006 y conforme a lo apuntado *supra,* no será suficiente la comprobación del cumplimiento de la parte penal de la sentencia para informar favorablemente el archivo definitivo, sino que a tales efectos será necesario que consten cumplidas las decisiones sobre responsabilidad civil contenidas en la sentencia.

No obstante, desde el punto de vista de la organización de las Secciones de Menores, una vez ejecutadas las disposiciones penales de la sentencia, no es necesario seguir operando con el expediente de seguimiento. Si por razones organizativas fuera preferible, podrá archivarse este expediente y controlar la ejecución mediante los libros o fichas de ejecutorias, en el formato que mejor se adapte a la organización de la Sección.

Si todos los perjudicados se han personado como partes civiles, habrán de ser ellos quienes, en su caso, promuevan cuantas iniciativas estimen oportunas en orden a la ejecución de los pronunciamientos civiles, sin perjuicio de la ejecución de oficio por el Juez. El Fiscal en estos supuestos pierde legitimación en relación con la acción civil (vid. epígrafe VIII.9 de la Circular 1/2007). Ello no obstante, la pérdida de legitimación sobrevenida no empaña el interés especial en la protección de la tutela judicial de la víctima que subyace en la ejecución de las disposiciones civiles de la sentencia. De aquí deriva la conveniencia de que los Sres. Fiscales, aún en estos casos de personación de los perjudicados, velen por que el archivo definitivo de la causa no tenga lugar hasta que no se hayan satisfecho los pronunciamientos civiles, salvo que aquéllos consientan tal archivo.

X.4 Otras cuestiones

Si el Fiscal no solicita responsabilidad civil en el escrito de alegaciones a favor de perjudicados que anteriormente interesaron que el Ministerio Público ejercitara en su nombre la acción civil, debe asegurarse de que el Secretario del Juzgado notifica al perjudicado tal circunstancia de conformidad con lo establecido en el art. 4 LORPM, a fin de que puedan instar lo que a su Derecho corresponda.

Por otra parte, cuando sean llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito en aplicación de lo dispuesto en el art. 30.3 LORPM, habrá de permitírseles el acceso a la sala de vistas aunque se haya declarado la celebración de la audiencia a puerta cerrada, conforme a lo previsto en el art. 35.2 LORPM, salvo que concurran circunstancias excepcionales que justifiquen otra decisión, la cual deberá estar debidamente motivada. Debe recordarse que la doctrina de la Fiscalía General del Estado admite modulaciones en la celebración de juicios a puerta cerrada (vid. epígrafe VI de la Instrucción 3/2005, de 7 de abril).

En otro orden de cosas, de conformidad con la previsión contenida en el epígrafe VIII.8 de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 se considera una buena práctica la de aplazar el dictado del auto determinando las partes civiles a la fase intermedia, con la instrucción ya concluida, teniendo en cuenta que no se establece un plazo cerrado para el dictado de este auto y a la vista de que la propia esencia de la actividad instructora implica que pueden aparecer nuevos perjudicados y nuevos responsables civiles mientras se están practicando diligencias. De esta forma podrán evitarse un buen número de pretericiones y errores.

En conexión con lo anterior, sin perjuicio de tomar conocimiento de las vicisitudes de la pieza antes de formular el escrito de alegaciones, no puede hacerse depender la conclusión de la instrucción del auto del Juzgado señalando las partes civiles, debiendo atenderse a las circunstancias en cada caso concurrentes y teniendo siempre presente el principio de celeridad.

En supuestos de acoso escolar, la exigencia de responsabilidad civil a los Centros Docentes, de conformidad con las pautas establecidas en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 10/2005 es especialmente aconsejable, tanto desde el punto de vista de protección a las víctimas como por razones de prevención general positiva.

XI. RELACIONES CON MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Según las previsiones de la Instrucción n° 3/2008 de la Fiscalía General del Estado, los Fiscales Delegados de Menores pueden asumir la función de ser portavoces de la Fiscalía ante los medios de comunicación en la materia de menores, bajo la dirección del Fiscal Jefe. El correcto desempeño de esta tarea cobra especial relevancia por un lado, a la vista de la demanda social de información en asuntos de menores y por otro lado, ante la necesidad de evitar la aparición de noticias que, carentes de rigor, generan desinformación y alarma. En el desempeño de esta función habrá de prestarse especial cuidado a la preservación de la intimidad de los menores afectados.

Deben en este punto recordarse las previsiones de la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, *sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación.* Para esta Instrucción, "el posible interés informativo de la noticia cede...ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado. No será por tanto aplicable al proceso de menores la jurisprudencia acuñada por el Tribunal Constitucional en materia de acceso de medios de comunicación a juicios orales penales. Sin embargo, estas consideraciones no pueden llevar a postular un veto total o un apagón informativo sobre los procesos de menores. Tampoco cabe extraer la conclusión de que queda excluida la facultad del Fiscal de informar a la opinión pública. En el proceso penal de menores también se dan casos de interés público y en los que cabe apreciar un legítimo interés por informar y por recibir información. Es mas: en este proceso los datos y explicaciones suministrados por el Fiscal tendrán una especial utilidad social, teniendo en cuenta la desinformación y las explicaciones desenfocadas, -en ocasiones por simple desconocimiento- que se difunden con cierta frecuencia, y que originan en ocasiones una infundada zozobra, inquietud e incluso alarma social. Esta misma posición es postulada por la Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil* en su punto VI.25. Respetando los límites generales y los especiales que informan a este proceso, preservando en todo caso la identidad e imagen del menor, podrá proporcionarse cuando sea necesario una información suficiente acerca de hechos delictivos cometidos por menores y del desarrollo del proceso penal incoado. Obviamente, lo que no cabrá en ningún caso es la publicidad externa mediata del acto de la audiencia mediante la grabación de audio o video".

XII. CONCLUSIONES

XII.1 LA PRESCRIPCIÓN EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES:

1ª Las Diligencias preliminares de investigación del Fiscal, previas a la incoación de expediente de reforma, por su carácter preprocesal, no interrumpen los plazos de prescripción de los delitos o faltas.

2ª Los Sres. Fiscales cuidarán de no prolongar esta fase procesal más allá de lo imprescindible, ni practicar durante ella más diligencias de las estrictamente precisas.

3ª El decreto de incoación de expediente por el Fiscal constituye el primer acto interruptivo de la prescripción del ilícito penal.

4ª A la hora de aplicar los cómputos de la prescripción deberán tener presente los Sres. Fiscales las consecuencias derivadas del Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010, conforme al cual el plazo de prescripción a considerar será el correspondiente al ilícito penal declarado como tal en la resolución judicial final.

5ª Cuando al término de la fase probatoria y conforme al art. 37.1 LORPM, en relación al art. 788 LECrim, se degradase la calificación inicial de delito a falta, los Sres. Fiscales comprobarán si ésta hubiera podido prescribir durante la tramitación de la causa a fin de interesar la absolución en ese trámite.

6ª Las actuaciones realizadas en la jurisdicción penal de adultos por el órgano aparentemente competente conforme a los datos obrantes en la causa, contra persona que resulta luego haber sido menor de edad, no son inexistentes ni nulas. En tales casos, la actividad procesal

desplegada por el Juzgado de Instrucción mantiene su eficacia como actividad interruptiva de la prescripción, que vuelve a correr de nuevo a partir del auto de inhibición del art. 779.1.3ª LECrim.

7ª Cuando, por error o inadvertencia del órgano judicial, se tramita la causa en el Juzgado de Instrucción con manifiesta incompetencia -por haberse alegado o constar claramente la menor edad del imputado- los plazos de prescripción corren normalmente sin interrupción.

XII. 2 REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

XII.2.1 Interpretación del art. 10.1.b, segundo y tercer párrafo y art. 10.2 LORPM

1ª Las reglas del artículo 10.1.b), segundo y tercer párrafo y 10.2 de la LORPM tienen un carácter especial y excepcional, por lo que, el período de internamiento en centro cerrado que fijan, tiene una duración mínima de un año en todo caso, no alcanzando a esos supuestos la previsión general del artículo 7.2 de la LORPM, conforme al cual el internamiento se divide en dos períodos, el primero a cumplir de modo efectivo en centro y el resto, en libertad vigilada.

2ª Cuando se apliquen las reglas del artículo 10.1.b), segundo y tercer párrafo y 10.2, la libertad vigilada que pueda preverse en la sentencia se configurará, en todo caso, como una medida diferenciada, posterior, complementaria y sucesiva al período de internamiento en centro cerrado.

XII.2.2 Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual

1ª Determinados contactos sexuales entre menores de similar edad sin la concurrencia de violencia o intimidación, prevalimiento o engaño, pese a encajar formalmente en los tipos contra la indemnidad sexual, pueden demandar el archivo (art. 16 LORPM) cuando los hechos, por quedar al margen de la finalidad de protección de la norma penal, no alcancen el mínimo de antijuridicidad exigible.

En este ámbito debe huirse de las respuestas estereotipadas para tratar de llegar en cada caso a la solución mas adecuada a partir del abanico de posibilidades que la LORPM ofrece, sopesando las peculiaridades inherentes a los menores como seres en evolución y evitando operar con los esquemas propios del Derecho Penal de adultos, teniendo presente el fuerte componente de etiquetaje inherente a las condenas formales por hechos relativos a la delincuencia sexual.

2ª En el ámbito de la responsabilidad penal de menores, también la comisión de un delito relacionado con la posesión de pornografía infantil o con su uso compartido, puede presentar unos perfiles singulares que aboguen por una mayor flexibilidad a la hora de articular, o no, respuestas sancionadoras-educativas. En determinadas circunstancias, la antijuridicidad y culpabilidad que podrían constatarse con claridad si el autor es un adulto, pueden quedar desdibujadas de ser aquel menor de edad. De nuevo aquí deben evitarse respuestas estandarizadas, pues los supuestos que se presentan pueden ser muy diversos y merecedores de valoraciones radicalmente distintas.

XII.3 FASE DE INSTRUCCIÓN

XII.3.1 Algunas cuestiones relativas a la detención de menores

XII.3.1.1 Asistencia letrada en Comisaría a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial

Cuando un menor sea detenido por la comisión de un delito contra la, dados los términos taxativos de los arts. 17 n° 2 de la LORPM y 3.2 de su Reglamento que prevén inexcusablemente la presencia de abogado en la declaración.

XII.3.1.2 Asistencia a menores detenidos

1ª Es requisito legal inexcusable para la declaración del menor detenido -tanto en dependencias policiales como en Fiscalía- la presencia de los padres tutores, acogedores o guardadores, conforme al art. 17.2 LORPM.

2ª La preceptiva presencia de padres, tutores o guardadores se restringe expresamente a la diligencia de declaración del menor detenido. Para el resto de diligencias, aún estando privado de libertad el menor, entraría en juego la previsión contenida en el art. 22.1.e) de la LORPM, no procediendo autorizar la asistencia de padres y representantes en aquellas diligencias que resulten incompatibles con su desarrollo, como la rueda de reconocimiento.

3ª En el caso de los menores detenidos formalmente emancipados debe reputarse innecesaria la asistencia de los padres a la declaración del menor detenido, en todo caso.

4ª Por el contrario, en los supuestos de emancipación tácita por vida independiente del art. 319 CC, los padres deben representar a los hijos en su declaración en calidad de detenidos.

5ª En las declaraciones de mayores de edad, que fueren detenidos por delitos consumados durante su minoría de edad, no procede la presencia de sus padres, sin perjuicio de que sigan beneficiándose del resto de derechos y garantías previstos para los menores en la LORPM, entre ellos los plazos de detención previstos en el art. 17.4 y 5 LORPM.

XII.3.2 Representación de menores no detenidos

1ª La asistencia de los padres o representantes a la exploración como imputado de un menor no detenido, no es un requisito preceptivo procedimental, sino un derecho que corresponde ejercitar al menor conforme al art. 22.1.e) de la LORPM.

2ª En caso de que un menor no detenido acudiera a la citación para declarar en Fiscalía en calidad de imputado sin acompañamiento de persona adulta, si se apreciara en el menor suficiente discernimiento, e informado de su derecho, renunciara formalmente a la presencia de sus padres o representantes, se podrá recibirle declaración sin representante legal y sin que entre en juego la previsión del art. 17.2 de representación a cargo de un miembro del Ministerio Fiscal.

XII.3.3 Notificación de expediente al menor imputado

En la notificación del expediente a cada menor encartado, lo mismo que en el parte de incoación dirigido al Juzgado de Menores, se incluirá una relación escueta de hechos, fecha, lugar y calificación jurídica provisional, de cara a la formalización de la imputación, con independencia de que se reciba luego declaración en calidad de imputado al menor.

XII.3.4 Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad

1ª En aquellos asuntos en que resulten imputados por los mismos hechos mayores y menores de edad, cuando se trate de delitos de *máxima gravedad* (art. 10-2 de la LORPM), la actuación de las Fiscalías Provinciales, tanto la Sección de Menores como la Sección Penal ordinaria, estará convenientemente coordinada y orientada, a través de los Fiscales Decanos, Delegados, Jefes Provinciales o de Área.

2ª En todas las causas en que resulten imputados mayores y menores de edad se remitirán recíprocamente los testimonios de las diligencias de instrucción que se practiquen desde la Sección de Menores al Juzgado de Instrucción que conozca del asunto y viceversa, lo mismo que las resoluciones sobre medidas cautelares, escritos de calificación, actas de juicio y sentencias, extremando las precauciones para no agotar los breves plazos de las medidas cautelares acordadas conforme al art. 28 LORPM.

3ª En estos supuestos de instrucciones paralelas, se valorará la posibilidad -en función de las circunstancias de cada caso concreto- de evitar que los perjudicados hayan de declarar en fase instructora tanto en la Sección de Menores como en el Juzgado de Instrucción.

XII.3.5 Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM)

XII.3.5.1 Desistimientos del art. 18 LORPM

1ª Como regla general, las facultades de desistimiento previstas en el art. 18 LORPM, sólo deben ser utilizadas para menores que hubieran cometido un delito aislado, de forma ocasional, y que no se encuentren en un proceso delincuencial. No es procedente utilizar el desistimiento ante hechos que, por su propia naturaleza, evidencien desempeño de papeles o asunción de valores propios del mundo de la delincuencia.

2ª Las facultades de desistimiento, concurriendo los requisitos legales, podrán en ocasiones emplearse para evitar intervenciones que, por tardías, puedan resultar contraproducentes.

3ª La circunstancia de haber rebasado la mayoría de edad el encartado, después de cometer la infracción, deberá tenerse especialmente en cuenta a la hora de decantarse por la aplicación del desistimiento, evitando la aplicación a mayores de edad, extemporáneamente, de medidas, soluciones y recursos concebidos para menores.

4ª Es recomendable, como regla general, recibir declaración a la víctima para ponderar debidamente la decisión a adoptar. El pago de las responsabilidades civiles a favor del perjudicado, o el procurar la debida satisfacción al ofendido —si el perjuicio no fuera pecuniario- es un elemento a valorar positivamente de cara al desistimiento.

5ª La referencia del art. 18 LORPM a que *"el menor no haya cometido con anterioridad hechos de la misma naturaleza",* abre la posibilidad al desistimiento cuando hubiera antecedentes por hechos de naturaleza diversa. No obstante, esa posibilidad debe ser interpretada en sentido restrictivo y excepcional, puesto que el desistimiento es un beneficio pensado para infractores primarios.

XII.3.5.2 Sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa (art. 19 LORPM)

1ª Como pauta general, con esta opción desjudicializadora lo que se busca es una réplica puntual a ilícitos penales, igualmente puntuales, cometidos por menores. Por ello, este tipo de respuesta no resulta adecuada cuando la clase de tipología delictiva o la situación del menor demanden medidas de intervención global.

2ª Aunque el resarcimiento patrimonial al perjudicado tampoco esté contemplado como condición para la aplicación de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM, puede ser un elemento muy a tener en cuenta para impulsarlas en aquellos casos en que constase su abono efectivo o existiese una voluntad real de llevarlo a cabo.

XII.3.6 Intervención del Equipo Técnico

1ª A fin de agilizar la elaboración de los informes previstos en el art. 27 LORPM, debe hacerse uso de las alternativas que la propia Ley establece, como la sustitución de la elaboración del informe por la simple actualización de informes anteriores, o la incorporación a la causa de informes emitidos por entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación y conozcan la situación del menor.

2ª Los Sres. Fiscales realizarán indicaciones generales a los Equipos Técnicos respecto a la extensión y profundidad de los informes requeridos, ponderando la gravedad de los hechos que se imputan al menor, la concurrencia de circunstancias especiales en el mismo y la previsión de medidas que han de solicitarse e imponerse, priorizando la elaboración y la extensión de los informes para los casos de mayor entidad.

3ª Los Equipos Técnicos pueden emitir oralmente su informe en el acto de la audiencia cuando los hechos imputados sean constitutivos de falta, y siempre que estos Equipos hubieran emitido con anterioridad otro u otros informes respecto del mismo menor. En tales casos, deberán incorporarse al expediente esos informes anteriores.

4ª Los Equipos Técnicos deben integrarse por un psicólogo, un trabajador social y un educador, por lo que el informe evacuado conforme al art. 27.1 LORPM, debido a su carácter interdisciplinar, habrá de emitirse, en principio, por los tres integrantes del Equipo.

5ª La ausencia de informe del Equipo Técnico, al ser requisito inexcusable del procedimiento, produce la nulidad de las actuaciones.

Distintos del supuesto de inexistencia del informe, serán los casos de informes que incurren en otro tipo de irregularidades, como puede ser la falta de firma de los tres peritos o la no intervención de alguno de ellos. La respuesta aquí debe matizarse evitando incurrir en maximalismos y analizando, en cada caso, la entidad del informe, la medida que se solicita, los aspectos que pudieran haber sido omitidos, y su influencia en la debida comprensión del contexto psicológico y socio-educativo del menor.

6ª No es preciso que la entrevista al menor y sus familiares sea realizada por los tres miembros del Equipo, ni simultánea ni sucesivamente, pues no es requisito ni legal ni reglamentario para la elaboración de los informes, sin perjuicio de que pueda ser conveniente según la gravedad o peculiaridad del caso concreto y circunstancias del menor.

7ª Salvo que se haya producido una impugnación expresa del informe del Equipo Técnico, es factible, como vía para una más adecuada racionalización del trabajo de estos Equipos, que para cada sesión de audiencias asista un solo representante de todos los equipos, el cual lleve el informe elaborado por el Equipo correspondiente. Todo ello sin perjuicio de que, si se trata de un asunto complejo y se estima necesario o conveniente, asista el representante del equipo que lo elaboró. Igualmente, nada obsta a que si durante la sustanciación de la audiencia por alguna parte se solicita la presencia de un miembro del Equipo que emitió el informe, pueda acordarse en tal sentido.

XII.3.7 Auxilios Fiscales

Se recurrirá al auxilio fiscal solamente para la ejecución de aquellas diligencias en que fuere estrictamente preciso, acudiendo, en otro caso y como alternativa, a cualesquiera otros medios de comunicación inmediata, singularmente telefónicos o informáticos, de conformidad con lo señalado en su día en la Circular 1/1989 y en la Instrucción 2/2000 de la FGE.

XII.3.7.1 Comunicaciones entre Fiscalías en las que se evitará recurrir al auxilio fiscal

1ª Para recabar antecedentes de un menor imputado que obren en la base de datos de otra Sección, bastará la comunicación telefónica con la Secretaría de la Sección correspondiente, extendiéndose de su resultado diligencia de constancia. Si figurasen antecedentes del menor investigado se remitirán de inmediato para incorporarlos a las diligencias. Esta comunicación es especialmente útil cuando se refiera a antecedentes policiales, pero cuando se trate de averiguar antecedentes judiciales, habrá que acudir al registro de sentencias firmes del Ministerio de Justicia.

2ª Cuando se pretenda solamente notificar a perjudicados decretos de desistimiento o archivo (arts. 4 y 16-2 LORPM), o de incoación de expediente (art. 22-3 LORPM), sin otras diligencias adicionales, se practicará directamente por el propio Fiscal instructor mediante correo certificado o recurriendo a cualquier medio que permita la constancia fehaciente de su recepción.

3ª De igual modo se procederá cuando se trate solo de notificar la incoación de expediente al propio menor imputado, siempre que no se inste su declaración u otras diligencias.

4ª La práctica de tasaciones periciales de daños se realizará por la Fiscalía instructora, acudiendo el Fiscal a los peritos de que disponga en su sede de actuación, que contactarán con los perjudicados residentes en otra provincia para la remisión de la documental precisa para el evalúo.

XII.3.7.2 Auxilios fiscales para declaración de imputados

1ª Cuando el Fiscal que interesa el auxilio entienda necesaria la comparecencia del menor expedientado en la Fiscalía exhortada, y considere procedente la detención en caso de incomparecencia injustificada, deberá hacerlo constar así en el auxilio de modo inequívoco.

2ª Cuando un menor sea detenido por orden del Fiscal o por decisión policial resultante de una investigación en curso, y lo fuera dentro de una demarcación provincial distinta a la de la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores que deban conocer de la causa, la competencia para legalizar su situación corresponderá a la Sección de Menores de la provincia donde se materializa la detención, a través de su servicio de guardia. Para ello se dirigirá el correspondiente auxilio urgente —vía fax, sin perjuicio de acudir a otros medios, como el correo electrónico- acompañando la documentación oportuna y con expresión de las diligencias que hayan de practicarse.

3ª Excepcionalmente será admisible la legalización de la situación personal del detenido por la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores competentes para el conocimiento de la causa, aún cuando la detención se hubiera practicado en provincia distinta, siempre que se trate de delitos cuya instrucción revistiese especial complejidad y afecte a provincias o poblaciones próximas entre sí, que permitan acudir a un medio de transporte que garantice el fácil y pronto traslado del detenido. También será admisible cuando el lugar de la detención esté más próximo a la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores competentes para el conocimiento de la causa, que a la Sección de Fiscalía y Juzgado de Menores de la provincia de detención.

XII.3.7.3 Auxilios fiscales en los que se plantee o proceda alguna de las soluciones extrajudiciales del art. 19 LORPM

Corresponde al Fiscal exhortante resolver sobre las propuestas del Equipo Técnico para la realización de alguna de las soluciones extrajudiciales previstas en el art. 19 LORPM.

XII.3.7.4 Resolución de eventuales controversias

En caso de discrepancia en la ejecución de un auxilio, si la misma persistiera después de la labor mediadora de los Fiscales Delegados Provinciales o del Fiscal Delegado Coordinador de la Comunidad Autónoma, se resolverá la controversia conforme al principio de jerarquía (arts. 124.2 CE y 21 EOMF).

XII.4 FASE DE ENJUICIAMIENTO

1° Los Sres. Fiscales deben velar por que los Letrados de la Defensa cumplan el plazo para formular alegaciones, instando, en caso de incumplimiento, la continuación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el art. 784 LECrim para el trámite del escrito de defensa.

2° Si el Juez de Menores plantea la tesis al inicio de la audiencia, como regla general se informará en el sentido de posponer la contestación a un momento procesal ulterior, en el que, una vez practicada toda la prueba, se esté en disposición de formular las alegaciones definitivas.

3° Es conveniente promover la utilización de las facultades previstas en el art. 37.4 LORPM para que, en interés del menor, éste no esté presente durante la lectura, ampliación o aclaraciones del informe del Equipo Técnico, si por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, la toma de conocimiento por parte del menor de su contenido pudiera resultarle perjudicial.

4° La racionalización del trabajo de los Equipos Técnicos es vital para la preservación de la celeridad de las actuaciones. Es factible, como vía para una más adecuada racionalización del trabajo de estos Equipos, cuando existan varios, que para cada sesión de audiencias asista un solo representante de todos los equipos, el cual llevará el informe elaborado por el Equipo correspondiente.

5° Antes de adoptar la decisión sobre la publicidad de las sesiones es necesario ponderar los intereses en conflicto. La decisión sobre la celebración a puerta cerrada requiere una

resolución motivada con referencia al caso concreto, no siendo ajustada a Derecho la práctica de pedir y acordar la celebración a puerta cerrada por sistema y utilizando un informe o una resolución estereotipada.

6° La prohibición de identificación en los medios contenida en el art. 35.2 LORPM, es también aplicable a los supuestos en que el imputado hubiere alcanzado ya la mayoría de edad, pues la *ratio* de la prohibición -que las infracciones cometidas durante la minoría de edad no obstaculicen el proceso de reinserción- seguirá concurriendo. No obstante, en los supuestos en los que llegara efectivamente a infringirse el art. 35.2 LORPM respecto a un imputado sometido a la LORPM, si la inmisión se hubiera consumado habiendo alcanzado éste la mayoría de edad, habrá de entenderse que el Fiscal carece de legitimación para promover acciones de protección a la intimidad y a la propia imagen.

XII.5 SUSPENSIÓN DE CONDENA

En casos de máxima gravedad cometidos por menores de 14 y 15 años así como en casos de extrema gravedad, la regla general será la no suspensión de la condena. Ésta sólo podrá acordarse cuando aparezca sólida y rigurosamente fundamentada la conveniencia o necesidad de la misma.

XII.6 CUESTIONES RELATIVAS AL RECURSO DE CASACIÓN

No cabe recurrir en casación una sentencia a fin de sustituir sus aspectos parcialmente absolutorios por una condena, al no adecuarse tal pretensión a los estrechos márgenes del art. 42 LORPM, pues la casación para unificación de doctrina sólo se concibe frente a sentencias condenatorias, no siendo posible articularlo frente a sentencias absolutorias.

XII.7 CUESTIONES RELATIVAS A LA EJECUCIÓN

1° El Fiscal está legitimado para recurrir sanciones disciplinarias impuestas al menor, aunque éste no lo haga.

2° La sanción de separación de grupo, debido a sus propios contornos, debe aplicarse teniendo en cuenta su excepcionalidad, interpretando restrictivamente el concepto de alteración de la normal convivencia del centro grave y reiterada.

3° Los Sres. Fiscales habrán de supervisar el programa individualizado de ejecución de la medida de internamiento terapéutico, que deberá contener un programa de tratamiento de la problemática detectada en el menor, con las pautas sociosanitarias recomendadas y, en su caso, los controles para garantizar el seguimiento.

4° Las acumulaciones y refundiciones previstas en la LORPM deben promoverse de oficio. Si el Juzgado de Menores no lleva a cabo de oficio la acumulación, los Sres. Fiscales habrán de instar la misma, exigiendo un pronunciamiento expreso, interponiendo, en su caso, los correspondientes recursos.

5° En las visitas giradas a los Centros del territorio de la Fiscalía, los Fiscales visitantes deben posibilitar la audiencia de cualesquiera internados albergados en el Centro visitado, independientemente de que dependan en su relación jurídica procesal del Juzgado ante el que actúen o de otro distinto.

6° Las visitas se realizarán con una periodicidad adecuada teniendo en cuenta el número de centros y el volumen de internados dependientes del Juzgado de Menores ante el que actúa la Fiscalía. Es conveniente que cada centro sea visitado con una periodicidad que no exceda de 2 meses, por analogía al criterio establecido en las Circulares de visitas a establecimientos penitenciarios. En todo caso, cada Centro de Internamiento (cerrado, semiabierto, abierto o terapéutico) debe ser visitado al menos dos veces al año por Fiscales de la Sección de Menores de la Fiscalía Provincial en que radiquen.

7° En caso de que alguno de los menores internos sufra toxicomanías o enfermedades mentales, es necesario comprobar si recibe asistencia y tratamientos adecuados, cualquiera que sea la naturaleza del Centro en el que permanezca internado y sin perjuicio, en su caso, de

promover la correspondiente modificación de la medida impuesta, para asegurar que la misma se amolda al superior interés del menor.

8° Cuando se formulen propuestas o recomendaciones al amparo del art. 44.2 h) LORPM, el Delegado de la Sección de Menores correspondiente las remitirá a la Unidad Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado, a fin de que por ésta se estudie si procede promover su extensión a todas las Comunidades Autónomas.

9° En caso de detectarse -en las visitas a Centros- resoluciones contradictorias dictadas por distintos Jueces de Menores de diferentes provincias, las Secciones de Menores afectadas habrán de comunicarse entre sí a fin de unificar criterios. En caso de discrepancias, deberán someter la controversia al conocimiento del Fiscal Superior respectivo y del Fiscal de Sala Coordinador de Menores, posibilitando el ejercicio de sus funciones de unificación de criterios.

10° Cuando, en el ejercicio de estas funciones inspectoras, se detecten deficiencias que deban ser corregidas, habrán de ser comunicadas a la Autoridad Autonómica competente. Si pese a tal comunicación, las deficiencias no son corregidas en plazo razonable atendidas las circunstancias en cada caso concurrentes, la Sección, a través del Fiscal Jefe, lo pondrá en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma y del Fiscal de Sala Coordinador.

11° Las limitaciones temporales de la entrevista de los menores internos con sus Letrados no tienen cobertura legal ni reglamentaria, por lo que los Sres. Fiscales, como garantes de los derechos de los menores (art 6 LORPM) deberán, como regla general, apoyar las quejas que al respecto pudieran formularse (art. 44.2 f) LORPM).

12° Deben entenderse aplicables *in bonam partem* las previsiones del Reglamento Penitenciario en relación con las internas que convivan en Centros con sus hijos menores.

XII.8 CONDENA EN COSTAS

Los menores declarados penalmente responsables conforme a la LORPM, deben ser igualmente condenados en costas conforme a lo dispuesto en el art. 240.2 LECrim, incluyendo, en su caso, las de la acusación particular.

XII.9. CUESTIONES RELATIVAS A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1ª Resulta posible diferir para la fase de ejecución la determinación de la cuantía concreta de la indemnización. Ello no obstante, es necesario fijar en la sentencia las bases para la determinación de esa cuantía.

2ª Los supuestos de emancipación tácita por vida independiente, prevista en el art. 319 CC, no suponen la exclusión de la responsabilidad civil solidaria de los padres.

Tras la formal emancipación del menor de edad por matrimonio, por concesión judicial o por concesión de los padres, cesa la responsabilidad civil de sus padres o tutores respecto de hechos cometidos con posterioridad. No obstante, este principio general debe excepcionarse en los supuestos en los que por las propias circunstancias concurrentes, pudiera llegarse a la conclusión de que la emancipación formalmente declarada por concesión de los padres ha sido realizada en fraude de Ley.

3ª Los Sres. Fiscales, en tanto depositarios de la doble función de promotores de la acción de la justicia también en el Sistema de Justicia Juvenil y de supervisores de la actuación protectora de la Administración, velarán por que ésta adopte las medidas de protección procedentes también sobre los menores sometidos a medidas impuestas conforme a la LORPM.

4ª La ejecución de los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil debe desarrollarse de oficio por el Juzgado. Los Sres. Fiscales cuidarán de que no se incurra en inactividades o dilaciones.

5ª Los Sres. Fiscales velarán por que el archivo definitivo de la causa no tenga lugar hasta que no se hayan satisfecho los pronunciamientos civiles.

6ª En el momento de elaborar el escrito de alegaciones deberá promoverse la exigencia de responsabilidad civil a todos los potenciales responsables civiles (art. 61.3 LORPM).

No obstante, no se ejercitarán acciones civiles frente a personas o entidades respecto de las que haya quedado claro que no tenían ninguna responsabilidad en la formación, custodia o vigilancia del menor.