

**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**  
**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y  
PROCESAL**

**ÁREA DE DERECHO PROCESAL**



**EL MINISTERIO FISCAL Y EL LETRADO DEFENSOR  
EN LA JUSTICIA DE MENORES. ASPECTOS  
CONFLICTIVOS EN ESPAÑA Y MÉXICO.**

**-TESIS DOCTORAL-**

*Dirigida por*

**Prof. Dra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. INMACULADA SÁNCHEZ BARRIOS**

*Elaborada por*

**ROSALÍA RUTH PADRÓN SOLOMÓN**

**SALAMANCA, 2008**





***UNIVERSIDAD DE SALAMANCA***

***FACULTAD DE DERECHO***

***DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y  
PROCESAL***

***EL MINISTERIO FISCAL Y EL LETRADO DEFENSOR EN LA  
JUSTICIA DE MENORES. ASPECTOS CONFLICTIVOS EN ESPAÑA Y  
MÉXICO.***

Memoria de Tesis para la obtención del título de Doctor en Derecho, presentado por **D<sup>a</sup>. Rosalía Ruth Padrón Solomón**, bajo la dirección de la Profesora **Dra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> Inmaculada Sánchez Barrios**, Área de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

Vo. Bo.

Rosalía Ruth Padrón Solomón

M<sup>a</sup>. Inmaculada Sánchez Barrios

Salamanca, 2008



*Una vez tuve un sueño... Y ese sueño era volar a tierras lejanas y adquirir nuevos conocimientos que me ayudasen a crecer tanto como persona, como profesionalmente.*

*Y ese sueño se cumplió.... Pero no hubiese sido posible alcanzar mi crecimiento como persona y mi madurez académica sin la ayuda de todas aquellas personas que a lo largo de todo este tiempo me han acompañado, apoyado, motivado y amparado.*

*En especial este trabajo de Tesis Doctoral no se hubiese logrado de no haber sido por:*

*Mis padres, **Aurelio y Delia**, quienes siempre me han brindado su amor, confianza y apoyo en todos aspectos.*

*Mi hermana **Edith** que me ha llenado de amor, motivación, fuerza y me ha apoyado incondicionalmente siempre.*

*Mis hermanos **Alberto, Carlos y Aurelio**, quienes me han motivado y protegido.*

*Mi familia **Lalo, Rosario, Carmen, Mariana, Carlos Alberto, David, Karla y Jatziri**, quienes me han rodeado de cariño y atenciones.*

***Pâr**, quien con su amor, apoyo y ánimo me ha acompañado iluminando mi camino, formando parte de mi sueño.*

***Dra. Inmaculada**, quien con su especial apoyo, orientación y excelente dirección, se ha logrado la culminación de este trabajo.*

*Mis **amigos de siempre**, así como aquellos amigos que fueron apareciendo en éste camino llenando mi corazón de alegrías e ilusiones...*

*Y en memoria de **José Antonio Bernal Guerreo y Sergio Sánchez Colín**.*

*A todos ustedes gracias de corazón por su presencia y cariño...*

*Este trabajo es para ustedes.*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
<b>CAPITULO I. Orígenes del Ministerio Fiscal o Público y Abogado Defensor, y la importancia de su intervención a través de la historia</b>	<b>23</b>
<b>I. MINISTERIO FISCAL O PÚBLICO</b>	<b>25</b>
<b>1. Antecedentes históricos generales del Ministerio Fiscal o Público</b>	<b>26</b>
<b>1.1. Los Tesmotéti o Desmodetas como encargados de la acusación en Grecia</b>	<b>27</b>
<b>1.2. Los Advocatus Fiscii, Procuratores Caesari y otras figuras, encargadas de ejercer la acusación y persecución de delitos en Roma</b>	<b>29</b>
<b>1.2.1. Los Sindici, Consules Locorum Villarum, Ministrales, como antecedentes de la figura del Ministerio Fiscal en la Edad Media y otras figuras de relevante importancia</b>	<b>30</b>
<b>1.3. El Procurer du Roi como antecesor del Ministerio Fiscal en Francia</b>	<b>32</b>
<b>1.4. El origen de la figura del Ministerio Fiscal en España</b>	<b>36</b>
<b>1.5. El Ministerio Público en México y su creación</b>	<b>45</b>
<b>2. La importancia de la intervención del Ministerio Fiscal a través de la historia. Aspectos generales</b>	<b>57</b>
<b>3. La evolución del Ministerio Fiscal o Público</b>	<b>62</b>
<b>3.1. España</b>	<b>62</b>
<b>3.2. México</b>	<b>67</b>
<b>4. El Ministerio Fiscal o Público y su intervención en los asuntos criminales instruidos en contra de menores</b>	<b>70</b>

4.1.	Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme a distintos derechos	70
4.2.	Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme al derecho español	74
4.3.	Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme al derecho mexicano	81
4.4.	Precedentes legislativos del Ministerio Fiscal en materia de menores infractores en España	86
4.5.	Precedentes legislativos del Ministerio Público-Comisionado en materia de menores infractores en México	88
4.6.	Legislación vigente en España relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Ministerio Fiscal	103
4.7.	Legislación vigente en México relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Ministerio Público-Comisionado	109
<b>II.</b>	<b>LETRADO O ABOGADO DEFENSOR</b>	<b>117</b>
1.	Antecedentes históricos generales del Letrado o Abogado Defensor	118
2.	La importancia de la intervención del Letrado o Abogado Defensor a través de la historia. Aspectos generales	126
3.	El Letrado Defensor y su evolución en España	128
4.	El desarrollo del Abogado Defensor en México	132
5.	El Letrado o Abogado Defensor y su intervención en los asuntos criminales instruidos en contra de menores	141
5.1.	Precedentes legislativos del Letrado Defensor en materia de menores infractores en España	143
5.2.	Precedentes legislativos del Abogado Defensor en materia de menores infractores en México	144



<b>5.3.</b>	Legislación vigente en España relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Letrado Defensor	147
<b>5.4.</b>	Legislación vigente en México relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Abogado Defensor	152

**CAPITULO II. Garantías del proceso. Principios a contemplar por parte de las autoridades encargadas de administrar la justicia en materia de menores infractores**

<b>1.</b>	Derechos humanos y fundamentales como base dentro del derecho de menores	159
<b>1.1.</b>	Los derechos humanos en el caso de los menores infractores	159
<b>1.2.</b>	La observancia de los derechos fundamentales en los asuntos de menores infractores	167
<b>2.</b>	Principios rectores básicos reguladores del actuar del Ministerio Fiscal, de acuerdo a la legislación española	178
<b>2.1.</b>	Unidad de actuación	185
<b>2.2.</b>	Dependencia jerárquica	192
<b>2.3.</b>	Legalidad	195
<b>2.4.</b>	Imparcialidad	201
<b>2.5.</b>	Oportunidad	204
<b>3.</b>	Principios rectores básicos reguladores del actuar del Ministerio Público, de acuerdo a la legislación mexicana	207
<b>4.</b>	Principios procesales fundamentales a considerar en las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal, Ministerio Público y Comisionado en los procesos de menores infractores	212
<b>4.1.</b>	Interés superior del menor y garantías de sus derechos	214
<b>4.2.</b>	Oportunidad	219

4.3.	Tipicidad y legalidad	227
4.4.	Intervención mínima	233
4.5.	Acusación	237
4.6.	Proporcionalidad	244
4.7.	Oralidad	248
4.8.	Contradicción	250
4.9.	Inmediación	252
4.10.	Libre valoración de la prueba	254
4.11.	Presunción de inocencia	256
4.12.	Celeridad	259
5.	Principios generales reguladores del actuar del Letrado Defensor	261
6.	Principios procesales fundamentales a considerar en las actuaciones realizadas por el Letrado Defensor en los procesos de menores infractores	262
6.1.	Derecho de defensa	262
6.2.	Legalidad	269
6.3.	Contradicción	270
6.4.	Igualdad	274
6.5.	Oralidad	277
6.6.	Publicidad	278
6.7.	Presunción de inocencia	281
6.8.	Debido proceso	283

**CAPITULO III. Las actuaciones del Ministerio Fiscal, Comisionado y Letrado Defensor, conforme a las leyes reguladoras de la materia de menores infractores en España y México**

<b>I.</b>	<b>MINISTERIO FISCAL Y COMISIONADO</b>	<b>289</b>
<b>1.</b>	La actuación del Ministerio Fiscal en España conforme a la LORPEME y a la nueva Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre	289
<b>1.1.</b>	Fase de instrucción	292
<b>1.2.</b>	Fase intermedia	300
<b>1.3.</b>	Fase de audiencia	301
<b>1.4.</b>	Fase de sentencia y ejecución de la misma	303
<b>1.5.</b>	Recursos	307
<b>2.</b>	La actuación del Comisionado en México conforme a la LTMI	308
<b>2.1.</b>	Primera etapa. De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado	311
<b>2.2.</b>	Segunda etapa. De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial	314
<b>2.3.</b>	Tercera etapa. De la instrucción a la resolución definitiva	316
<b>2.4.</b>	Cuarta etapa. De la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento	319
<b>2.5.</b>	Recursos	323
<b>II.</b>	<b>LETRADO O ABOGADO DEFENSOR</b>	<b>325</b>
<b>1.</b>	La actuación del Letrado Defensor del menor en España conforme a la LORPEME y a la nueva Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre	325
<b>1.1.</b>	Fase de instrucción	327

1.2.	Fase intermedia	333
1.3.	Fase de audiencia	334
1.4.	Fase de sentencia y ejecución de la misma	337
1.5.	Recursos	341
2.	La actuación del Abogado Defensor del menor en México conforme a la LTMI	342
2.1.	Primera etapa. De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado	343
2.2.	Segunda etapa. De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial	345
2.3.	Tercera etapa. De la instrucción a la resolución definitiva	347
2.4.	Cuarta etapa. De la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento	349
2.5.	Recursos	352

**CAPITULO IV. Aspectos conflictivos de las actuaciones del Ministerio Fiscal, Comisionado y Letrado Defensor, observadas en las leyes reguladoras de las conductas infractoras de menores en España y México**

I.	MINISTERIO FISCAL Y COMISIONADO	357
1.	Aspectos conflictivos de las actuaciones del Ministerio Fiscal observados en la LORPEME	357
1.1.	La actuación como asistente del menor al momento de rendir su declaración	358
1.2.	La facultad para recibir o no la declaración del menor	366

1.3.	La remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores	371
1.4.	La solicitud de aplicación de medidas terapéuticas y cautelares en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad	377
1.5.	La falta de petición de apertura de audiencia	389
1.6.	El quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad y su petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto	393
1.7.	El Ministerio Fiscal ¿defensor o acusador del menor?	401
2.	Aspectos conflictivos de las actuaciones del Comisionado observados en la LTMI	411
2.1.	La elaboración del diagnóstico biopsicosocial como diligencia inoportuna en la determinación de la resolución inicial	415
2.2.	Irregularidades observadas en la aplicación de medidas a los menores infractores y su procedimiento	419
2.3.	La intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores	425
2.4.	La naturaleza y atribuciones otorgadas al Consejo de Menores causantes de problemas en actos de carácter jurisdiccional	430
2.5.	La falta de normativa para brindar la asistencia social a menores de once años de edad	435
II.	LETRADO DEFENSOR	
1.	Aspectos conflictivos de las actuaciones del Letrado Defensor observados en la LORPEME	436
1.1.	La actuación como defensor del menor presentado ante la Policía o Fiscalía	438

<b>1.2.</b>	La falta de regulación expresa de su actuación en algunos supuestos de la LORRPEME	448
<b>1.2.1.</b>	En la remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores	448
<b>1.2.2.</b>	En la declaración de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño	452
<b>1.2.3.</b>	En la adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad	458
<b>1.2.4.</b>	En el cumplimiento de la mayoría de edad del menor ya condenado	462
<b>1.2.5.</b>	En el quebrantamiento de ejecución de medidas por parte del menor	467
<b>1.3.</b>	La petición de práctica de pruebas ante el Ministerio Fiscal	469
<b>1.4.</b>	Su nombramiento por el Secretario del Juzgado al incoarse el expediente	489
<b>1.5.</b>	El secreto de expediente y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor	492
<b>1.6.</b>	El desacuerdo con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal	499
<b>1.7.</b>	El Letrado Defensor como verdadero defensor de los derechos del menor. Su posición en la LORRPEME	507
<b>2.</b>	Aspectos conflictivos de las actuaciones del Abogado Defensor observados en la LTMI	509
<b>2.1.</b>	La falta de regulación de intervención del Abogado Defensor en diligencias trascendentales desarrolladas durante el procedimiento	509
<b>2.2.</b>	Obligaciones incoherentes atribuidas en la práctica a la defensa particular	511
<b>2.3.</b>	Exceso de límite de tiempo para la determinación de la situación jurídica del menor infractor	512

2.4.	El tiempo insuficiente para la formulación de alegatos en el procedimiento	512
	CONCLUSIONES	515
	BIBLIOGRAFÍA	537





## INTRODUCCIÓN

Hubo una época que en mi país (México) trabajé para una institución gubernativa que se encargaba de proporcionar, entre otros servicios, el de “asistencia social” para los menores que se encontraban relacionados con averiguaciones previas por la comisión de alguna infracción o delito y que, por ser precisamente menores de once años, eran sujetos a dicha “asistencia social”, conforme a las leyes mexicanas.

Durante el desarrollo de nuestras actividades nos encontramos con dificultades y cuestionamientos que no eran respondidos por las leyes relacionadas con la materia de menores. Éstos versaban sobre el plazo que teníamos para emitir dictámenes, propuestas, informes; la manera para realizar éstos y el trámite que debía dársele a los mismos, así como su periodicidad; la competencia de las autoridades; la obligación de proporcionar dicha asistencia social a menores que no la necesitaban, etc. Asimismo, nos percatamos que la Ley que se encarga de regular la materia de menores infractores, pese a que estipula el reconocimiento de garantías procesales para dichos menores, en la práctica se les despoja de las mismas, hechos que veíamos plasmados en los propios expedientes.

En virtud de ello me entró el interés por investigar qué tratamiento se les daba a este tipo de asuntos en España, así como el proceso a seguir en caso de menores infractores debido a la entonces reciente promulgación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPEME), por tratarse de una Ley que proclama el reconocimiento de garantías procesales, partiendo de principios básicos como lo es el del interés superior del menor y con base en normas de derecho internacional.

Realizando las investigaciones respecto al proceso que se les inicia a los menores infractores en España, para poderlo comparar en su momento con el que se sigue en México, y proponer opciones para solucionar los problemas que encontramos en el

desarrollo de nuestras actividades por la falta de regulación en la materia, me percaté de que los menores mayores de catorce años a quienes se les imputa la comisión de algún delito son sujetos a trámites diferentes de los que se aplican a los menores mayores de once años en mi país. En España se instaura un proceso penal en el que intervienen, entre otras figuras, el Ministerio Fiscal y Letrado Defensor, mientras que en México se sigue un procedimiento ante un Órgano Administrativo actuando el Comisionado y Abogado Defensor, entre otros. Tratándose así de dos tipos de actuaciones diferentes.

Estudiando la actual Ley reguladora de la conducta de menores infractores en España, observamos que en la LORRPEME, en su Exposición de Motivos, efectivamente se refiere la regulación de un proceso penal para los menores en el que se les reconoce todas las garantías procesales, a las que tienen derecho. Para lo cual se impulsan las atribuciones y facultades otorgadas al Ministerio Fiscal, así como la intervención del Letrado Defensor del menor en todas las fases procesales. Sin embargo, al hacer un análisis exhaustivo de dicha Ley se observaron en ésta conflictos de interpretación, contradicciones, omisiones y confusiones, con relación a la participación o actuación precisamente de estas figuras, las cuales podrían desembocar en violaciones a dichas garantías procesales.

Con relación al Ministerio Fiscal pueden verse afectados los principios rectores básicos de su actuar, así como procesales, en los supuestos de su actuación como asistente del menor; la facultad para recibir, o no, la declaración del menor; la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores; la solicitud de la aplicación de medidas terapéuticas en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad; la falta de petición de apertura de audiencia; el quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad, y su petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto. Atribuciones que nos hacen reflexionar si se le están asignado y las realiza en su función de órgano defensor o acusador, ya que el mismo está facultado para ejercer ambas, sin embargo, la posición que puede tomar en los diferentes supuestos señalados, puede llevarlo a confusiones de las mismas, aspectos que iremos explicando y analizándolos en el desarrollo de este trabajo,

sin dejar de abarcar el papel de instructor que se le asigna al mismo en el proceso que se les sigue a los menores infractores.

Respecto al Letrado Defensor, su papel podría verse frustrado, además de afectarse los principios generales y procesales que giran entorno a su actuar, en los casos de su actuación como Defensor del menor presentado ante la Policía o Fiscalía, ya que en ese momento aún no se le ha designado Letrado Defensor a éste porque todavía no se ha incoado el expediente; la petición de práctica de pruebas ante el Ministerio Fiscal incluyendo la declaración del menor, debiéndola recibir el Ministerio Fiscal toda vez que dicha autoridad puede incoar el expediente sin incluir la misma; su nombramiento realizado por el Secretario del Juzgado de Menores hasta incoado el expediente, y contemplándose por lo tanto su participación oficialmente hasta ese entonces; el desacuerdo con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal, conformidad que puede llevar a la terminación de la audiencia e interrumpirse por consecuencia su defensa; el secreto del expediente y el conocimiento integro del mismo diferido al momento de evacuar el trámite de alegaciones, no teniendo por ello el tiempo necesario para preparar y ejercer su defensa; y la falta de regulación expresa de su actuación en los casos de remisión de los asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores, la declaración de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño, la adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad, y el quebrantamiento de ejecución de medidas por parte del menor. Situaciones que nos harán valorar si en efecto se le está reconociendo a dicho representante la defensa efectiva de los derechos del menor.

Es importante señalar que en virtud de las modificaciones de la LORPPEME por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, se subsanaron en cierta forma algunos de los aspectos conflictivos observados en la Ley como lo es, entre otros, el nombramiento del Letrado Defensor que antes era realizado por el Secretario del Juzgado de Menores al incoarse el expediente, realizado actualmente por el Ministerio Fiscal. Pero aún queda

mucho por trabajar y por hacer efectivo en su totalidad el alardeado reconocimiento de garantías procesales tan proclamado por la Ley.

Por otra parte, con relación a México, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (LTMI), pese a que ha significado un avance importante dentro de las legislaciones que han regulado esta materia, ya que reestructura y diseña tanto objetivos como procedimientos más adecuados, contemplando la intervención de funcionarios para buscar un equilibrio procesal, en ella se observan disposiciones que no van acorde con el conjunto de normas y directrices de carácter internacional que conforman la verdadera protección integral del menor.

Pueden ponerse de manifiesto actuaciones reguladas por la Ley que atentan claramente contra los derechos humanos y fundamentales de los menores como podría ser la elaboración del diagnóstico biopsicosocial como diligencia inoportuna en la determinación de la resolución inicial; las situaciones criticables observadas en la aplicación de medidas a los menores infractores y su procedimiento; la intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores; la naturaleza y atribuciones otorgadas al Consejo de Menores causantes de problemas en actos de carácter jurisdiccional; la falta de normativa para brindar la asistencia social a menores de once años de edad; la falta de regulación de intervención del Abogado Defensor en diligencias trascendentales desarrolladas durante el procedimiento; la regulación de obligaciones incoherentes atribuidas en la práctica a la Defensa particular; el tiempo insuficiente para la formulación de alegatos en el procedimiento; el exceso de límite de tiempo para la determinación de la situación jurídica del menor infractor.

Con el fin de realizar propuestas que solventen las disfunciones apuntadas y que den respuesta a las interrogantes relacionadas con los aspectos conflictivos de la actuación procesal del Ministerio Fiscal, Comisionado y Letrado Defensor observados tanto en la LORPEME como en la LTMI, abordaremos en el **Primer Capítulo** los orígenes del

Ministerio Público o Fiscal y del Letrado Defensor, y la importancia de su intervención a través de la historia, con el objeto de determinar las funciones encargadas y desempeñadas por dichas figuras a través del tiempo, en particular en España y México, los precedentes legislativos que han regulado su actuar, incluyendo la materia de menores, con referencias comparativas respecto a las legislaciones actuales, tanto de carácter nacional como internacional, relacionadas con su intervención, para pasar posteriormente al **Segundo Capítulo** y tratar la importancia de los *derechos humanos* en el caso de los menores infractores así como la debida observancia de los *derechos fundamentales*, además de explicar los principios rectores básicos, generales y procesales del actuar del Ministerio Fiscal y del Letrado Defensor, en esos casos, para exponer como pueden verse afectados éstos, considerando necesario en el **Tercer Capítulo** hacer una explicación detallada de las actuaciones procesales del Ministerio Fiscal y Letrado Defensor conforme a la LORRPEME, así como del Comisionado y Abogado Defensor según la LTMI, explicándolas en las fases procesales que integran cada uno de los procesos o procedimientos tanto de España como de México, respectivamente, y que se instruyen a los menores infractores, refiriendo en dichas fases o etapas dónde podemos observar los aspectos conflictivos de tales actuaciones, que se desarrollaran de manera detallada en el **Cuarto Capítulo**, en el que además expondremos propuestas y posibles soluciones respecto a las mismas.

Por lo tanto la finalidad de este trabajo de tesis se enfoca a identificar en los procesos instruidos a menores infractores tanto en España como en México, los aspectos conflictivos observados en el actuar del Ministerio Fiscal (España), Comisionado (México), y Letrado Defensor (España y México), y que afectan la esencia del verdadero reconocimiento de las garantías procesales de las que goza todo ser humano, exponiendo algunas soluciones para subsanar aquéllos; amén de hacer un especial análisis respecto a la postura del Ministerio Fiscal en la LORRPEME en su papel de instructor, acusador y defensor del menor, y la del Letrado Defensor como encargado de la debida defensa de los derechos del menor.



## *CAPITULO I*

### *Orígenes del Ministerio Fiscal o Público y Abogado Defensor, y la importancia de su intervención a través de la historia*





## **I. MINISTERIO FISCAL O PÚBLICO**

Como comienzo del análisis del actuar del Ministerio Fiscal o Público en los asuntos de menores infractores tanto en España como en México, consideramos importante partir de los antecedentes históricos del surgimiento de esta figura, porque al hacer una breve explicación de éstos, recordaremos como fue cobrando relevancia su participación en los procesos a través del tiempo, específicamente en el proceso penal, así como sabremos cuáles fueron sus primeras denominaciones, así como sus funciones y como fueron aumentando las facultades atribuidas al mismo. Con ello comprenderemos mejor la importancia de dicha autoridad, sobre todo en determinados procesos, como es el de los menores. Cabe señalar que nuestra intención no es realizar un análisis profundo de los antecedentes de la institución del Ministerio Fiscal, sino únicamente hacer una remembranza de los aspectos más significativos de esta figura, desde su inicio hasta su actual posición.

Para ello primero explicaremos brevemente la evolución histórica del Ministerio Fiscal a través del tiempo, en Grecia, Roma, Francia, y algunos otros países en donde encontramos sus principales raíces, tal y como lo señalan diversos estudiosos. Posteriormente, describiremos su origen en España y México, y la importancia de su intervención a través de la historia, abarcando el inicio de la participación de esa figura en los asuntos criminales instruidos en contra de menores, haciendo alusión a la vez de los precedentes legislativos trascendentales, y legislación vigente relacionada con sus funciones en materia de menores infractores, incluyendo, obviamente, las de carácter tanto nacional, como internacional.

## 1. Antecedentes históricos generales del Ministerio Fiscal o Público

Empezaremos por mencionar que el Estado al ver en peligro la paz entre sus gobernados, y al estar amenazada su organización social, con el fin de solucionar los conflictos sociales derivados de actores, cuyas conductas son contrarias a la Ley, creó órganos facultados para perseguir o proceder en contra de esas personas<sup>1</sup>. Dentro de esas figuras encontramos al famoso Inquisidor, funcionario bajo el mando del Soberano (Rey o Papa), quien actuaba de oficio, siendo el encargado de buscar la verdad, administrando la justicia a través de la Inquisición (juicio). En efecto, en la inquisición no se requirió de un acusador específico con determinadas funciones, pues era el mismo Inquisidor quien se encargaba de indagar la realidad acontecida y de aplicar la Ley penal<sup>2</sup>.

Y ello debido a que el Estado llega a comprender que la persecución de los delitos es una función social que debe ser ejercida por él y no por los particulares. Por lo que se da rienda al procedimiento inquisitivo, instaurándose así el procedimiento penal, encabezado por un juzgador que, acusaría, instruiría y resolvería el asunto, cayéndose en el error de otorgar todas esas facultades a una sola persona, convirtiéndolo así en Juez y parte al mismo tiempo. Lo anterior llevaría al fracaso del sistema inquisitivo, surgiendo la necesidad de crear un órgano público que fuera el encargado de la acusación ante el poder jurisdiccional.

---

<sup>1</sup> “A medida que los pueblos van alcanzando mayores niveles de madurez política, comienzan a percibir que determinadas conductas antijurídicas afectan no sólo a los titulares de derechos subjetivos perjudicados directamente por la infracción o incumplimiento, sino que también suponen un ataque contra el mantenimiento del orden jurídico y la paz social del conjunto de la comunidad”, **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 21.

<sup>2</sup> Pero pasarán varios siglos después de instaurada la Inquisición para que dé a luz el Ministerio Público, concebido como acusador estatal distinto de los jueces, el cual se encargaría de ejercer la llamada acción penal pública. Cfr. **MAIER**, “El Ministerio Público: ¿Un adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Editorial Adhoc, 1993, págs. 20-21.

Pero tuvieron que pasar varios siglos para que después de instituida la inquisición, apareciera la figura del Ministerio Fiscal o Público, como tal<sup>3</sup>. Debemos considerar que existieron encargados, en su mayoría nombrados por el Monarca, que realizaron diversas funciones relacionadas con las del actual Ministerio Fiscal<sup>4</sup>, figura que continúa siendo muy discutida respecto a sus orígenes, toda vez que algunos estudiosos sitúan sus antecedentes en la organización jurídica de Grecia y Roma<sup>5</sup>, mientras que otros los señalan en el derecho francés, considerándolo creador de la misma<sup>6</sup>.

### 1.1. Los Tesmotéti o Desmodetas como encargados de la acusación en Grecia

En Grecia, el sistema de enjuiciamiento criminal se construyó sobre el modelo acusatorio puro, perteneciendo a todos los ciudadanos el derecho de acusar, excepto cuando se tratara de delitos de menor gravedad, ya que el mismo estaba reservado sólo para la parte

---

<sup>3</sup> Respecto a la palabra de Ministerio Público y Ministerio Fiscal, **CAMAÑO ROSA** refiere, “La etimología de la expresión Ministerio Público y Fiscal provendría del latín “manus”-ministro, administrador, ministerio-, que en el mas amplio concepto significa, todo aquello que es necesario para la ejecución de la Ley, correlacionado con los adjetivos “Público” y “Fiscal”. La voz Fiscal significa perteneciente al fisco o al oficio de Fiscal. Deriva del latín “Fiscus”, cesta de mimbre, que entre los romanos servía para guardar dinero, pero más especialmente para indicar el tesoro del Príncipe, diferente del tesoro público llamado erario. Hoy sirve tanto para designar al ministro encargado de promover los intereses del fisco, como al que representa y defiende la sociedad ante los tribunales. Tradicionalmente los primeros componen el Ministerio Fiscal, y los segundos, el Ministerio Público, aunque la distinción es empírica. Como ambas funciones están confundidas a veces en el mismo órgano, éste puede comparecer según los casos, como representante del Ministerio Público o del Ministerio Fiscal”, “Ministerio Público y Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal*, Año VIII, 1950, págs.167-168.

<sup>4</sup> El desarrollo histórico del Ministerio Fiscal es el producto de la evolución de dos ideas coordinadas: una idea histórica que le atribuyó la función de defensa de los derechos de la Corona ante los órganos de justicia y la protección de los intereses públicos a aquella encomendada, y una idea renovadora que surgió al tiempo de las corrientes ideológicas, que perfilaron un sistema jurisdiccional basado en el principio acusatorio, conciliable con el respeto a los derechos personales del justiciable. Cfr. **MARCHENA GÓMEZ**, *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S.A., Madrid, 1992, pág.22.

<sup>5</sup> Cabe señalar que Atenas y Roma originariamente se encontraban constituidas como Monarquías (poder individual), para posteriormente instaurarse en ellas la República (poder colectivo o popular).

<sup>6</sup> Una cuestión entre las más debatidas del campo jurídico, es la del origen del Ministerio Público, considerándolo desde el derecho griego al francés, pasando por el romano, estatuario, canónico, etc. Cfr. **RUIZ GUTIÉRREZ**, “Algunas ideas sobre el Ministerio Público en España”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1952, pág. 408.

ofendida o perjudicada<sup>7</sup>. Posteriormente, aparecieron los llamados “Tesmotéti” o “Desmodetas”, cuya función era vigilar el cumplimiento de las leyes, además de que desempeñaron, de manera ocasional, funciones de acusación pública en los casos en que estuvieran de por medio intereses de la República<sup>8</sup>.

Así pues el “Tesmotéti” y “Araconte”, se consideran el antecedente histórico en el derecho griego más cercano a la figura del Ministerio Fiscal o Público<sup>9</sup>, ya que el primero también tenía la misión de denunciar los delitos ante el Senado o ante la Asamblea del pueblo, para que se designara a un representante que llevara la voz de la acusación; mientras que el segundo intervenía en asuntos en los que el particular por alguna razón no realizaba la actividad persecutoria<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> “Entre los atenienses, los delitos privados eran perseguidos por los mismos perjudicados, ó por las personas que les estaban ligadas por los vínculos de parentesco, ó que según los términos de la Ley debían protegerlos. Sin embargo, había cierta clase de delitos, nos referimos a los reconocidos generalmente como públicos, los que podían ser perseguidos por todos los ciudadanos; pero no es aquí donde existe el origen o fundamento de la institución intitulada del Ministerio Público. El derecho de acusar, de ejercitar la acción penal concedida a todos, salvo algunas excepciones, cuando se trataba de crímenes contra el Estado, era una institución política inherente a la democracia”; **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LVII, Madrid, 1880, pág. 270.

<sup>8</sup> En Grecia existió para determinados delitos, un sistema que combinaba la venganza privada y la acusación pública, instituyéndose los “tesmotéti” u otros funcionarios encargados de denunciar, cuyas funciones se aproximaban mas a una labor de promoción de acusación, toda vez que, efectuada la denuncia, la acusación era mantenida por el ciudadano nombrado al efecto por el Senado o la Asamblea del pueblo. No obstante, la preponderancia del sistema de acusación popular, la legislación ateniense presenta determinados indicios que permiten colegir la presencia de una intervención oficial tendente a impedir la impunidad de los delitos, contra las personas en las ocasiones en que la víctima no tenían parientes, o éstos se mostraban negligentes con la persecución del crimen, interviniendo así el Araconte, encargado de conocer de éstos delitos, teniendo el derecho de entregar de oficio al acusado ante sus jueces. Cfr. **MARCHENA GÓMEZ**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 23.

<sup>9</sup> Asimismo, se ha expuesto que dentro de los antecedentes históricos más importantes de la figura del Ministerio Fiscal o Público, se encuentran los “Tesmotéti”, “Araconte”, “Curiosii”, “Satationarii” e “Irenarcas”, surgidos en la cultura griega y romana, creados al considerarse que el delito constituye una ofensa contra el orden social, y que es tarea del Estado, como representante de la sociedad, perseguirlo, no debiendo ser tarea por lo tanto del agraviado u ofendido. Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos*, Editorial Limusa, México, 1991, pág. 5.

<sup>10</sup> Cfr. **RIVERA SILVA**, *El procedimiento penal*, Editorial Porrúa, México, 1977, pág. 68.

## 1.2. Los *Advocatus Fiscis*, *Procuratores Caesari* y otras figuras, encargadas de ejercer la acusación y persecución de delitos en Roma

Con relación a Roma, existieron órganos públicos en distintos campos, encomendados para la defensa del interés general. Pero como precedente del Ministerio Fiscal referiremos a los “*Patronos Fiscis*”, quienes se encargaban de recaudar las contribuciones, así como perseguir y castigar a los defraudadores. También se tuvieron a los “*Defensores Civitatis*”, a los “*Advocatus Fiscis*”, y a los “*Procuratores Caesari*”, quienes denunciaban a los delincuentes, perseguían los delitos, y reclamaban los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del delito, favoreciendo a los desprotegidos<sup>11</sup>.

También podemos mencionar a los llamados “*Questores*” e “*Irenarcas*”<sup>12</sup>, quienes se encargaban de investigar y castigar. La creación de los “*Questores*”, la encontramos en “*Las Doce Tablas*”, en la cual se les asignó la misión de comprobar y perseguir los homicidios en particular; sin embargo, cuando el asunto llegaba a tribunal, éstos simplemente se ocupaban de informar, a la vez que se consideraban magistrados inferiores del pueblo romano, siendo también auxiliares de los cónsules para los asuntos financieros y penales. Respecto a los “*Irenarcas*”, éstos tenían la misión de recabar pruebas, realizar

---

<sup>11</sup> En la Administración provincial y frente a los posibles abusos del lugarteniente imperial, se instituyeron ya en el Bajo Imperio los *Defensores Civitatis*, con funciones semejantes a las del Juez instructor, y cuya naturaleza aparece, en alguna de sus competencias, cercana al Ministerio Fiscal. Cabe señalar que es en el terreno fiscal donde las reformas alcanzan un mayor grado de desarrollo, y donde se advierte con mayor claridad, la preocupación del Emperador por garantizar no sólo la fluidez de la recaudación, sino la ejemplaridad ante el incumplimiento, apareciendo así la vinculación de las infracciones fiscales con la materia penal y, consecuentemente, el interés público por el castigo de las mismas, no abandonadas a la suerte de la acción popular, sino a funcionarios de confianza del Emperador, el *Advocatus Fiscis*, encargado de sostener la acusación ante los tribunales. La función de dichas reformas fiscales, tanto orgánicas como materiales, consistió básicamente, en garantizar el control político de las funciones de recaudación. Por lo tanto el *Advocatus Fiscis*, en forma única, o eventualmente junto al *Delatore*, intervenía como representante del Emperador en el procedimiento, cuando el acusado viniese denunciado, no por vía de acusación particular o privada, sino por solicitud de la autoridad pública y, en todo caso, en defensa de los intereses del fisco. Junto a ellos, los *Procuratores Caesari* se consideran funcionarios de la jurisdicción de la Hacienda Pública, encargados en las provincias imperiales de funciones judiciales, como las de intervenir en cierto tipo de juicios, o ejerciendo una jurisdicción especial, en todo caso ligadas a cuestiones fiscales, y que el Emperador designaba en función de la confianza personal, para la defensa de sus intereses económicos. Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 45-49.

<sup>12</sup> Los *Irenarcas* eran los jueces, quienes después de haber reunido las pruebas, resolvían acerca de la suerte de los acusados. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “*El Ministerio Público...*”, op. cit., págs. 277-278.

averiguaciones y detener a los culpables, teniendo como auxiliares a los “Curiosii” y “Satationarii”. A éstos últimos, se les encomendó descubrir los delitos y realizar el acopio de pruebas contra los delincuentes, tareas que aumentaron para el siglo VI. Respecto a éstos se considera que sus funciones se enfocaron más al aspecto policial que jurídico<sup>13</sup>. En efecto, cuando en Roma se produjo el periodo de las delaciones secretas, se abandonó la costumbre de la acusación privada y se adoptó la acusación popular. Los hombres más insignes de Roma tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de los ciudadanos, tarea que correspondería a su vez a los “Curiosii Satationarii” o “Irenarcas”, a los “Prefectus Urbis” en la ciudad; a los “Praesides”, “Procónsules”, “Advocatus Fiscis”, y “Procuratores Caesari”.

### **1.2.1. Los Sindici, Cónsules Locorum Villarum, Ministrales, como antecedentes de la figura del Ministerio Fiscal en la Edad Media y otras figuras de relevante importancia.**

Otros antecedentes de la figura del Ministerio Fiscal que cabe mencionar ubicados en la época imperial y en las legislaciones bárbaras son los “Gastaldi” en el derecho longobardo, los “Cante” o los “Sayones” en la época franca, y los “Misci Dominici” en los tiempos del Emperador Carlomagno<sup>14</sup>.

Se dice que durante el periodo republicano el enjuiciamiento penal se consideraba preponderantemente acusatorio, pudiendo ser cualquier ciudadano el acusador, ya que el derecho de acusación era para todos<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Los Questores fueron heredados de la época republicana, y los Irenarcas, con sus auxiliares los Curiosii y Satationarii, empiezan a intervenir hasta bien entrado el Imperio, teniendo funciones similares a los Questores, siendo su naturaleza policial, con carácter no permanente, encargados de la instrucción preparatoria dado que la acción penal seguía estando principalmente en manos de particulares, amén de que el Emperador y el Senado designaban acusador en casos graves. Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 45-49, y **RIVERA SILVA**, *El procedimiento penal...*, op. cit., pág. 69.

<sup>14</sup> **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 12.

<sup>15</sup> En materia política el derecho de acusar llegó a ser uno de los medios más poderosos de tiranía, desapareció toda incapacidad, se consintió que los esclavos acusaran a sus señores y que las mujeres pudieran delatar. De

Posteriormente, con la caída del Imperio Romano de Occidente, durante la Edad Media, se fue estableciendo en distintos reinos europeos, un sistema político cuyo poder giró en torno a la Monarquía, en el que el derecho juega un papel importante sirviendo de instrumento para la consolidación del poder real, en su tránsito hacía la forma política del Estado absoluto. Dentro de este proceso, la expansión del interés general orilló a que el Estado no abandonara la defensa de la legalidad a la iniciativa privada, buscándose un órgano público encargado de sostener pretensiones y que se opusiera a las de los órganos jurisdiccionales, surgiendo así el nacimiento y evolución de la figura del Ministerio Fiscal, institución que reconstruida en la etapa medieval, sobre la base de los “Advocatus Fiscus”<sup>16</sup>, primeramente representó al Rey en los pleitos y, posteriormente, amplió sus funciones de defensa en favor del interés público. La Edad Media en sus dos etapas (alta y baja), se caracterizó por un periodo de transición y reconstrucción institucional, y a lo largo de el se conformó la institución del Procurador Fiscal, quien ampliaría sus funciones (además de ser el representante del Monarca ante los tribunales, también se encargó de la defensa del interés general), fijándose con ello las dos facetas claves del Estado absoluto: “la administración fiscal y la represión de los delitos”. Con ello se puede tener una idea de la evolución de la institución, la expansión de sus funciones, y su importancia y fortalecimiento en el sistema político del Estado moderno<sup>17</sup>.

---

esta manera la democracia ofrecía a su heredero el despotismo, uno de los medios mas terribles y seguros para la opresión. Al lado de aquellas dos clases de acciones, fácil es reconocer en la historia de Roma los orígenes del procedimiento de oficio, encontrándose los magistrados quienes hacían comparecer a los acusados ante el tribunal delante del pueblo. La Ley de las Doce Tablas creó también a los Questores, encargados de averiguar quienes eran los homicidas y procesarlos. Aquellos Questores que también se les conoce con el nombre de Judices Quoestionis, eran semejantes a los Officiers del Ministerio Público en Francia, los que colocados al lado del Pretor, no juzgaban, sino que informaban. A fines del Imperio es cuando vemos aparecer al funcionario encargado de perseguir los delitos, existiendo los Irenarcas quienes debían recoger las pruebas, practicar cuantas diligencias propendieran al descubrimiento de los delitos, y detener a los culpables, teniendo como subordinados dos magistrados inferiores, los Curiosii, Satationarii, y como superior jerárquico al Prefecto del Pretorio, al cual estaba confiada la administración de justicia en el Imperio. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 271. Respecto a los orígenes del Ministerio Público en Roma, encontramos que los funcionarios llamados “Judices Quoestionis” en Las Doce Tablas, tenían una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios contaban con facultades para comprobar los hechos delictuosos. Cfr. **COLÍN SANCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, México, 1977, pág. 87.

<sup>16</sup> Con relación al Advocatus Fiscus y los fines públicos que se obtenían con la participación de dicha figura se puede encontrar mayor información en **RUIZ GUTIÉRREZ**, “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio Público en España...”, op. cit., págs. 408-410.

<sup>17</sup> Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal en...*, op. cit., págs. 51-52.

Asimismo, durante la Edad Media, dentro de la sociedad feudal de Italia, al lado de los funcionarios judiciales se encontraban agentes subalternos a quienes se encomendaba investigar los delitos, a éstos se les llamaba “Sindici”, “Cónsules Locorum Villarun” o simplemente “Ministrales”, quienes tenían el carácter de denunciadores<sup>18</sup>. Hay algunos autores que consideran que no se puede identificar con el Ministerio Público a los “Sindici” o “Ministrales”, ya que estos sólo eran auxiliares del órgano jurisdiccional, siendo su función la presentación oficial de denuncias de delitos<sup>19</sup>.

### 1.3. El Procureur du Roi como antecesor del Ministerio Fiscal en Francia

En Francia, situándonos alrededor del siglo XIII, se designó a un representante de la Monarquía francesa denominado “Procureur du Roi”<sup>20</sup>, quien era un Abogado cualificado para la defensa de los intereses patrimoniales de la Corona, expandiéndose su presencia con el tiempo a la jurisdicción penal, ya que en un inicio, actuaba de acuerdo a las necesidades que se presentaban. Posteriormente, se crearon los tribunales permanentes en Francia y

---

<sup>18</sup> **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, *Principios de derecho procesal penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1967, págs. 54-55.

<sup>19</sup> **COLÍN SÁNCHEZ**; *Derecho mexicano de procedimientos penales...*, op. cit., pág. 87.

<sup>20</sup> El Procureur du Roi surge de la realeza como el efecto de la causa, pero no surge espontáneamente con toda claridad, lejos de ello, sus comienzos fueron largos y confusos. En efecto, con el procedimiento escrito se había introducido el uso de autorizar que en los negocios civiles, los litigantes actuasen representados por Procurador, y confiando la defensa de su causa a un Abogado. Los reyes podían tener intereses privados que defender, nombrando procuradores para que los representasen y abogados para actuar en su nombre. Estos estaban también encargados de cobrar las multas impuestas por los tribunales. Posteriormente, el interés fiscal los llevo a promover las persecuciones, comenzando después a intervenir en ellas, llevándolas acabo al último siempre en nombre del Rey. Se dice que los procuradores del Rey estaban encargados principalmente de las causas fiscales o del patrimonio del Rey, y que entre otras funciones fueron además investidos del poder de perseguir los intereses particulares del Rey, sea como particular demandando una propiedad privada, un derecho personal u otra cosa, sea como señor cuando se trataba de un derecho del fisco real. Entre estos derechos fiscales se encontraban el de cobrar las rentas reales encomendando a los procuradores, a los que también se atribuía la persecución de los delincuentes que incurrían en pena de multa. Por lo tanto, se finca el origen de los oficiales del Ministerio Público en los procuradores delegados en sus comienzos del señor Rey, siendo al principio sólo sus defensores en los asuntos en que estaba interesado, haciendo valer los derechos de regalía, persiguiendo el cobro de las multas, y realizando confiscaciones; siendo en razón de esto último que intervenían en los procesos criminales en los que casi siempre se anexaba a la pena corporal, la multa o confiscación. Posteriormente, toman la iniciativa en la persecución de los delitos, y ese uso se convirtió en Ley cuando el cuerpo de oficiales reales fue designado después Ministerio Público. Cfr. **CAMAÑO ROSA**, “Ministerio Público y Fiscal...”, op. cit., pág. 170, y **RUIZ GUTIÉRREZ**, “Algunas ideas sobre el origen...”, op. cit., pág. 411.



surgió el inicio de la concepción del Ministerio Fiscal, cuya influencia se extendió al resto de Europa. Los Reyes establecieron su representación en los parlamentos a través de un Presidente y de un Procurador. Para principios del siglo XIV, Felipe “El Hermoso”, funda el parlamento, dando consistencia a las funciones del Procurador y a las del Abogado del Rey, arraigándose dicha magistratura como algo permanente y definitivo<sup>21</sup>.

Para algunos autores, la magistratura del Ministerio Público fue establecida en el momento en que los reyes se hacen representar por un Presidente que administró la justicia en su nombre, y por un representante o Procurador General que tuvo las funciones de instruir y guiar a los jueces. Con el paso de los años, la presencia del Procurador fue extendiéndose de los parlamentos a los demás tribunales<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> El puente se establece a través de los Actores Regiae Domus y de los Actores Fisci, encargados del cuidado de los derechos feudales del medioevo, de las capitulaciones, hasta llegar en Francia, al Procureur du Roi y Advocats du Roi. En efecto, hasta la reforma de los siglos XIII y XIV, éstos eran representantes del Rey fundamentalmente en asuntos privados, por lo tanto, no ejercían una función pública, ni eran funcionarios en un principio. Y es que cuando entraban en conflicto los intereses privados del Rey y los de sus vasallos, al Rey que ostentaba el doble carácter de persona privada (propietario privado) y señor (soberano), no se le permitía comparecer personalmente ante los funcionarios de su dominio, razón por la cual debía ser representado. El Procureur du Roi era su verdadero mandatario (los hombres de la pluma), mientras que los Advocats du Roi eran quienes abogaban por él oralmente frente al tribunal (los hombres de la palabra), siendo sus defensores. Con la transformación de la organización social, en camino hacia el absolutismo (los comienzos del Estado moderno, el Estado-Nación), con el cambio en la situación política-jurídica del Rey, -de señor feudal a Soberano absoluto y el ejercicio del poder del Estado así formado (central)-, y con la confusión entre los intereses privados del Monarca, y los intereses públicos consecuencia del desarrollo apuntado, los procuradores pasaron a ser funcionarios públicos (Gens du Roi, Ordenanza del 25/3/1302 de Felipe El Hermoso), prestando juramento oficial, no pudiendo ocuparse de la defensa de otros intereses privados, inclusive, comenzaron a recibir un sueldo de la Corona como contraprestación por sus servicios (1303). De esa manera su función varió, ahora resguardaban el orden público, especialmente los intereses fiscales de la Corona. De esa época proceden también, sus primeras actividades en el procedimiento penal. La introducción del procedimiento inquisitivo, en un comienzo al lado de la iniciativa (acción) popular y de la privada, dió pie para que el Procureur du Roi se convirtiera principalmente en denunciante de la Corona, denuncia que abría la inquisición general y a la que seguía, inclusive por promoción de ellos, la inquisición especial. Cfr. **MAIER**, “El Ministerio Público...”, op. cit., págs. 22-23.

<sup>22</sup> Cuando los reyes se hacen representar por un Presidente que administraba justicia en su nombre, y por un representante ó Procurador General encargado de ilustrar y guiar a los jueces, es cuando podemos considerar establecida la magistratura del Ministerio Público. Esto se efectúa cuando a principios del siglo XIV, Felipe El Hermoso funda los parlamentos de Paris, Rouhan y Tolosa, dando consistencia a las funciones del Procurador y a las del Abogado del Rey, estableciendo así esta magistratura de un modo permanente y definitivo. Poco después se generaliza pasando desde los parlamentos a los demás tribunales, y desde entonces comienza la verdadera institución del Ministerio Público con categorías diversas. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 278.

Así pues los funcionarios reales, Procurador (encargado de los actos del procedimiento) y Abogado del Rey (encargado de los asuntos litigiosos que interesaban al Monarca), nacieron durante la monarquía francesa del siglo XIV, exclusivamente para proteger los intereses del Príncipe o de las personas que estaban bajo su protección. Uno de los cambios sufridos por las instituciones monárquicas fue la sustitución del Procurador y Abogado del Rey por Comisarios encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas, y por acusadores públicos cuya función era sostener la acusación en juicio<sup>23</sup>.

Pero no será hasta que el Procurador se desprenda de la guarda del patrimonio del Rey y mantenga como función primordial la defensa en el juicio de los intereses generales, y en consecuencia el control de la independencia de los jueces y magistrados, cuando habrá nacido realmente el Ministerio Fiscal o Público como tal, por ello, se tiene que esperar hasta el triunfo de los ideales revolucionarios liberales del siglo XVIII para que la figura acabe perfilándose en su verdadero origen<sup>24</sup>.

Por tal razón se considera que el precursor directo inmediato del Ministerio Público, surge de las transformaciones del orden político y social, introducidas en Francia en 1793 que se extendió a Alemania y a casi todos los países civilizados del mundo, con las características y peculiaridades propias de cada de uno de ellos, surgiendo así el Ministerio Público, como representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del Estado. Y la Ley de 20 de abril de 1810, da el carácter de institución al Ministerio Público, teniendo dependencia del Poder Ejecutivo. Posteriormente, se le reconoció su independencia con relación al mismo, estableciéndose la concurrencia de éste en las jurisdicciones, fusionándose los asuntos civiles y penales en un solo Ministerio Público, las cuales antes estaban divididas<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., págs. 5 y 13.

<sup>24</sup> Cfr. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 39.

<sup>25</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 13.

Durante la Monarquía Constitucional, el Rey ostentó la facultad de nombrar a los oficiales del Ministerio Público como cargo vitalicio. Asimismo, se establecieron los Comisarios del Rey en los tribunales de distrito y casación, actuando a su vez los acusadores públicos, elegidos por el pueblo, quienes tendrían cierta dependencia respecto de los Comisarios. En la República, se intentó transformar el orden judicial existente, pero sin ningún resultado. Más adelante se derogó la inamovilidad de los Comisarios nacionales, y se estableció la jerarquía de los tribunales, otorgándose el nombre de Procuradores a los Comisarios, creándose de manera definitiva la figura del Ministerio Público, con sus facultades y deberes específicos. Para el año de 1830, dicha figura se consolidó con mínimas diferencias nominales<sup>26</sup>.

Se dice que el Ministerio Fiscal o Público, con su moderna función acusatoria o de persecución penal en los delitos de acción pública, fue un desarrollo contemporáneo, posterior a la transformación de la Inquisición histórica<sup>27</sup>, incluso a las de las propias ideas del Iluminismo<sup>28</sup>.

Asimismo, algunos autores consideran que existe un notable parentesco entre las figuras del “Advocatus Fisci” y del “Procureur du Roi”, ya que ambos estaban encargados de los asuntos fiscales y de ejercitar acciones criminales, en los casos en los que se vieses involucrado dichos intereses. Y, aunque al “Advocatus Fisci” se le encomendó siempre la defensa de éstos intereses, mientras que al “Procureur du Roi” actuaba en nombre del Rey en todo tipo de asuntos, puede considerarse que el “Advocatus Fisci” se acerca más al

---

<sup>26</sup> Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 283.

<sup>27</sup> En efecto, se dio la necesidad de terminar con la inquisición, en la cual existía un mismo funcionario (Juez-Inquisidor) encargado de indagar la verdad y tener a su vez el poder de decisión, y donde no se consideraba la defensa para el acusado, dándose la urgencia de tener a otro funcionario distinto, cuya misión fuera perseguir penalmente a los criminales y representar a la acusación en los juicios, siendo un opositor para el acusado, surgiendo así la figura del Ministerio Público o Fiscal. Sin embargo, éste a pesar de las nuevas facultades que se le atribuirían, tendría poco poder dentro del procedimiento, ya que a pesar de ser un representante de la acción pública, que sin su actuar al principio los jueces no podían conocer del caso, éste siempre estaría actuando al lado de éstos, toda vez que los protagonistas eran dichos jueces, quienes incorporaban las pruebas, interrogaban a los testigos y peritos, concedían la palabra, ejecutaban decisiones, etc.

<sup>28</sup> Hay autores que afirman que el Ministerio Público tiene carta de ciudadanía francesa, empero, la fecha de su nacimiento no se corresponde exactamente con el orden revolucionario inmediato, surgido de la revolución francesa, sino, antes bien, con la crítica política a ese orden y el advenimiento del orden napoleónico, inmediatamente posterior. Cfr. **MAIER**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 29.

Ministerio Público actual, ya que si bien, su actuar se enfocaba a los intereses del fisco, el “Procurateur du Roi”, a pesar de que actuaba en los procesos, su carácter era comparado más al de un mandatario. Respecto al cargo de Abogado del Rey, éste no existió como tal, pero se nombró a uno de los Abogados de la Corte del Rey, para que ejerciera sus derechos y tramitara sus causas<sup>29</sup>.

#### 1.4. El origen de la figura del Ministerio Fiscal en España

En la alta Edad Media, se encontró la presencia de determinadas figuras vinculadas con el “Advocatus Fiscus” romano, conocidas como “Actores Rerum Fiscalium”, “Personeros” y “Defensores del Patrimonio Real”, cuya misión fue defender y representar los intereses patrimoniales y personales del Rey. Se considera que esas instituciones fueron heredadas de la administración imperial romana. Cabe referir que en la Monarquía visigoda española (finales del siglo IV d.c.), apareció la figura de los “Actores Rerum Fiscalium”<sup>30</sup>. En esta época, las cuestiones penales y hacendísticas se encontraban íntimamente relacionadas como ocurría en el derecho romano. En efecto, el cuerpo legislativo denominado “Liber Iudiciorum” en el que aunque no se habla de los “Actores Rerum Fiscalium”, se refiere a los “Personeros” o “Defensores del Patrimonio del Rey, señalando

---

<sup>29</sup> En este sentido, **RUIZ GUTIÉRREZ** afirma, “No hay diferencia fundamental entre ambos. Probablemente el Advocatus Fiscus velaba siempre por intereses fiscales mientras que el Procurateur du Roi (si atendemos a la genérica significación de su propio nombre) actúa en nombre del Rey en toda clase de asuntos aún no fiscales. Por ello quizá pueda afirmarse que está más lejos del actual Ministerio Público que el Advocatus Fiscus, pues mientras éste tenía siempre una actuación referida a los intereses fiscales, el Procurateur, si bien suele actuar en el proceso, tiene un cometido más equiparable al de un mandatario. Loysel, reconoce que todavía en 1380 no existía el cargo de Abogado del Rey, pero que se nombraba para la tramitación de los derechos y causas del Rey, a uno de los Abogados generales de la Corte según la ocasión se presentaba. Pese a esto la doctrina francesa, en general, y gran parte de la de otros países, no vacila en afirmar el origen francés del Ministerio Público. Esta afirmación nos parece prematura, pues aunque resulta cierto que el Procurateur ejerza la acusación, repetimos que éste no es su único ni tan siquiera principal cometido, es al igual que en el Advocatus Fiscus, una función accesoria, aunque poco a poco vaya cobrando más importancia.”, “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio...”, op. cit., págs. 411-412.

<sup>30</sup> En España, las primeras menciones de un funcionario en el que aparezca la raíz “Fisc”, se encuentran en los Concilios I y II de Sevilla, celebrados, respectivamente, en los años 590 y 618. En el II presidio por San Isidoro asistieron como seculares dos personas, una de ellas, un tal Suanila, “Actore Rerum Fiscalium”. Se considera que este funcionario es en esencia idéntico al “Advocatus Fiscus”, encargado de defender los intereses fiscales ante los tribunales. Ibidem.

también a los “Patronus Fisci”. A los “Personeros del Rey” y a los “Patronus Fisci”, se les denominó con posterioridad “Promotores Fiscales”. Recordemos que en esta época, se prohibía la intervención directa del Monarca en aquellos asuntos relacionados con su ámbito o patrimonio, por lo que fue representado por los “Personeros” junto con los “Defensores del Patrimonio Real”, quienes velaron por sus intereses en los pleitos en que fuese parte<sup>31</sup>.

Ya para finales de la alta Edad Media los denominados “Procuradores Fiscales”, empezaron a asumir funciones vinculadas con la promoción de justicia en el ámbito criminal, provocando un cambio hacia el interés público en la defensa de la legalidad, que iría desde los intereses meramente patrimoniales, hacia el interés por garantizar la paz pública desde el poder del Rey, asegurando la persecución y castigo de los delitos, estableciéndose preferentemente el sistema acusatorio<sup>32</sup>.

Pero para ahondar mejor sobre los orígenes del Ministerio Público o Fiscal en España, debemos dar un vistazo a ciertas leyes, y revisar lo que se hace de dicha figura en el Fuero Juzgo, Código de las Partidas<sup>33</sup>, Fueros Municipales y demás legislaciones vinculadas. En efecto, algunos doctrinarios consideran que, precedentes de ésta institución, se pueden encontrar en el Fuero Juzgo<sup>34</sup> en el que se refiere a los llamados “Personeros Reales” o “Procuradores del Rey”, como defensores de sus intereses y representantes del

---

<sup>31</sup> Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal en....*, op. cit., págs. 53-60.

<sup>32</sup> *Ibidem.*, op. cit., pág. 63.

<sup>33</sup> Asimismo, las Leyes de Partidas llamaban Patronos del Fisco, y las Recopilaciones, Procuradores Fiscales, a cada uno de los Abogados nombrados por el Rey, para promover y defender ante los tribunales los intereses del fisco y las causas pertenecientes a la vindicta pública. Cfr. **CAMAÑO ROSA**, “Ministerio Público y Fiscal...”, op. cit., págs. 172-173.

<sup>34</sup> Sin embargo, se considera que el Ministerio Público como tal, en los tiempos en que ya existía la Monarquía y la Administración de Justicia, pasa desapercibido, y que incluso el Fuero Juzgo para nada le menciona ni tampoco el Código de las Partidas. Que las funciones pertenecientes a él se desempeñaban por medio de los síndicos que se nombraban y constituían al efecto, y la investigación de los hechos criminales se encargaba a perseguidores elegidos de la misma manera. Por lo tanto el Fuero Juzgo, código fundamental de las monarquías que se elevaron sobre los despedazados fragmentos de la gótica, enmudece respecto a la institución del Ministerio Fiscal, y a pesar de que en la Tercera Partida, que comprende el orden y ritualidad de los juicios y enumera las diferentes clases de personas que en ellos intervienen, nada refiere respecto a esta figura. Aunque en la Ley 12, Título 18 de la Partida 4ª, existe la disposición relativa a la representación del Rey en los juicios, y nos habla del patrono del fisco, lo más cercano a dicha institución. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 289.

mismo en los juicios. Tales defensores también participaron en aquellos asuntos que de acuerdo a la legislación vigente tuvieran como sanción penas de carácter pecuniario, las cuales se destinaban a favor del fisco. Así observamos que el único interesado y beneficiado era el Rey, ya que la sanción impuesta al infractor era una multa a favor del Monarca.

El derecho español moderno tomó los lineamientos generales del Ministerio Público francés. En efecto, desde la época del Fuero Juzgo, existió un funcionario con facultades especiales, para que en representación del Monarca, actuara ante los tribunales cuando no hubiera interesado que acusara al delincuente<sup>35</sup>. Otros autores como FLORES PRADA, consideran que ya en el Fuero Juzgo, se pueden captar dos tipos procedimentales en materia penal: “el acusatorio” y “el de oficio”<sup>36</sup>.

Con relación a los Fueros Municipales, éstos también contaban con un funcionario que se encargaba de inspeccionar la función de la justicia, y de colaborar con ésta en la persecución y castigo de los delitos<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 13.

<sup>36</sup> Ya en el Fuero Juzgo, puede empezar a distinguirse con cierta claridad dos tipos procedimentales en materia penal; por una parte, el clásico modelo acusatorio basado en la denuncia, en el principio de contradicción, y en la posición pasiva del Juez. Por otra parte, se advierte la progresiva introducción del llamado procedimiento de oficio que, sin estar regulado de forma expresa, aporta nuevos modos en cuya filosofía se distingue un renovado planteamiento en el modelo procesal. La función de averiguación de la verdad real, el prominente papel del Juez, la atribución al órgano jurisdiccional de la función investigadora, y la reserva del mismo para determinados delitos graves, constituyen principios que apuntan un nuevo modelo procesal basado en el creciente interés público por la persecución y castigo de los delitos. No obstante, aún la función del Fiscal como acusador público no aparece definida como tal, ya que la acusación estaba en manos de los particulares, o en manos del Juez responsable de la pesquisa. Se tuvo que esperar hasta el nuevo modelo procesal del derecho real, de influencia romano-canónica y de impulso monárquico, para que a las funciones públicas de defensa patrimonial forense se vayan sumando, de forma progresiva y gradual, las funciones de acusación en las figuras de los llamados Promotores Fiscales. Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 66-67.

<sup>37</sup> Los Fueros Municipales contienen de manera más o menos esquematizada, el régimen jurídico a que se someten los habitantes de la Ciudad respectiva. Estos se encuentran redactados en latín o en lengua romance, y constituyen una de las fuentes más extraordinarias del derecho nacional hispánico. La influencia más notoria en tales compilaciones es la del germanismo, a través del “*Liber Iudiciorum*”, pero en algunos tópicos, como por ejemplo en lo que hace a la situación penal de los menores de edad, introducen novedades sorprendentes. V. **PESSAGNO** y **BERNARDI**, *Temas de historia penal*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1953, pág. 81.

Durante el reinado de Alfonso X, se estableció un incremento de las sanciones pecuniarias, siendo difícil encontrar delito que no trajera consigo sanción de esa naturaleza, lo cual supuso un cambio en las labores del Fiscal, ya que si su actuación, anteriormente era mayor en asuntos de carácter extrajudicial, esta situación lo transformó en uno de los protagonistas del enjuiciamiento criminal. Como se observa, dicho funcionario, quien se encargaba de proteger intereses reales de contenido patrimonial, pasó a proteger otros intereses, también sometidos al Rey, aunque con un perfil público, siendo éstos la persecución de los delitos, pasando así a desarrollar funciones públicas como la de acusación<sup>38</sup>.

Se dice que la figura del Fiscal acusador en los procesos penales, apareció legislada en las Cortes de Briviesca, por lo que se supone el primer texto legislativo que describe al Fiscal como acusador. Para ello, tal disposición había sido ordenada desde el año de 1351, por Pedro I. Pero, en Castilla, en el año de 1387, los miembros de esas Cortes, con el fin de distinguir los intereses del la Corona y los intereses sociales, postularon ante Juan I, la definición de la institución, la cual, más tarde, en las Ordenanzas de Guadalajara, se le conoció con el nombre de “Promotor Fiscal”<sup>39</sup>; surgiendo posteriormente la necesidad de que hubiera un Procurador Fiscal en cada Chancillería. En Aragón, los Procuradores serían una figura situada entre la acusación popular y el Ministerio Fiscal. Por su parte, Jaime II, en el Fuero Primero, estableció el nombramiento del “Procurador General del Rey”, cuya

---

<sup>38</sup> La importancia que para la evolución del Ministerio Fiscal representa esta etapa no es difícil de entender. El Ministerio Público, dentro del contexto jurídico-político esbozado, acabó convirtiéndose en un instrumento al servicio, tanto de la unidad, como de la afirmación del poder real. Además, es en éste periodo en el que la institución amplía sus funciones, incorporándose a las tradicionalmente desempeñadas en el ámbito hacendístico, las funciones de defensa pública de la legalidad en materia criminal, como órgano que gradualmente iría incorporando a sus atribuciones, el cometido de asegurar la persecución de los delitos, mediante el ejercicio público de la acción penal. Cfr. **FLORES PRADA** *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 69.

<sup>39</sup> Las Cortes celebradas en Briviesca por don Juan I, en el año de 1387, disponen: “Porque los delictos, ni finquen sin pena y castigo por defecto de acusador. E porque el oficio de nuestro Procurador Fiscal es de gran confianza y quando bien se exercitasse se siguen de él grandes provechos, assí en la excución de la nuestra justicia como en pro de la nuestra Hacienda”. Por ende se ordena y manda que en la Corte sean dos Procuradores Fiscales, promotores para acusar o denunciar, y que tales convengan a su servicio, como antiguamente fue ordenado por los reyes. Cfr. **RUIZ GUTIÉRREZ**, “Algunas ideas sobre el origen del Ministerio...”, op. cit., pág. 417.

misión sería intervenir en las causas que se promovieran en contra de él, autorizando en el Fuero Segundo que también conociera de los hechos criminales<sup>40</sup>.

Más adelante, los Reyes Católicos adscribieron dos Procuradores Fiscales a los tribunales, quienes tuvieron el encargo legal de llevar la acusación pública en la Corte. Su asistencia inicial en el Consejo Real se extendió a las Chancillerías, primero a Valladolid y luego a Ciudad Real, siendo ésta última trasladada a Granada. Este nuevo sistema de adscripción de Fiscales a los tribunales permanentes, se expandió a los diferentes órganos judiciales creados y por crearse. Cabe precisar que el órgano encargado de la acusación pública limitó su presencia exclusivamente a los tribunales de carácter permanente<sup>41</sup>, lo cual quedó regulado en la Ley 6, Título 33, Libro 12, de la Novísima Recopilación. La falta de Promotores Fiscales en los tribunales inferiores, había llevado a crear en el siglo XIII, en Castilla y Aragón a las “Hermandades”, denominadas con posterioridad “Santa Hermandad”<sup>42</sup>, quienes se encargaron de suplir las carencias gubernamentales para asegurar el orden público, reprimiendo los crímenes, ocupándose también de infracciones como las

---

<sup>40</sup> La primera disposición que se conoce del Reino de Aragón en relación con los Procuradores Fiscales fue dada por el Rey Jaime II en Zaragoza, y aparece contenida en el Libro II del Fuero de dicho Reino, bajo el rotulo “De Procuratore Fiscali”, disposición que parece constituir un delegado del poder regio con funciones amplias (Procuratorem suum Generalem) de carácter ejecutivo y judicial. Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 82-83.

<sup>41</sup> Con relación a la Administración de Justicia, las ya existentes Chancillerías de Valladolid y Ciudad Real, - ésta última trasladada a Granada en 1505- forman la base sobre la que se estructura una unidad judicial que progresivamente se va consolidando mediante la creación de tribunales superiores permanentes, disponiendo los Reyes Católicos, en las Cortes de Toledo de 1480, que los Procuradores Fiscales no estuviesen sólo en la casa y Corte, sino también en las Chancillerías. Así se observa que desde los inicios del Estado Absoluto, y en consonancia con una concepción de la justicia como función centralizada y dependiente del poder político, la figura del Fiscal iría extendiéndose de manera gradual, a todos los tribunales permanentes. *Ibidem*; op. cit., págs. 89-90.

<sup>42</sup> Los Reyes Católicos legislaron mucho y coherentemente en materia penal, se esforzaron con franco éxito por lograr que esas leyes fueran aplicadas, y protegieron y respaldaron siempre, con la fuerza cuando fue preciso, a los jueces reales por ellos enviados para castigar delitos y desórdenes. Esta política en materia jurídico-penal está en íntima conexión con las más profundas finalidades y preocupaciones de su gobierno, tales como el fortalecimiento del poder real, la pacificación de sus reinos, sobre todo en los ambientes rurales, el sometimiento de la nobleza a su autoridad, y la política de unidad religiosa. En su reinado, la legislación penal, la creación de instituciones nuevas encargadas de aplicarla (Santa Hermandad, Santo Oficio de la Inquisición), y la protección de los oficiales judiciales reales, son simultáneamente instrumentos y síntomas de una política absolutista y de una preocupación por imponer orden y paz (es decir, obediencia a su autoridad soberana) en todos sus reinos. Cfr. **TOMÁS y VALIENTE**, *El derecho penal en la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978, págs. 26-27.



de incendios en casas habitadas, violaciones, resistencia armada a la justicia, etc; acaparando un doble carácter a su vez, “Perseguidores” y “Juzgadores”.

Es importante referir que la participación del Fiscal, en los asuntos tratados en la primera pieza judicial, sería hasta la segunda instancia, esto es, el Juez, una vez obtenido el material probatorio contra el inculpado, daba vista al ofendido por si quería mostrarse como parte acusadora, si éste renunciaba, se designaba a un Promotor, quien tras aceptar el cargo, formulaba la acusación o promovía el sobreseimiento. Una vez dictado el auto correspondiente se remitía a la Chancillería por conducto del Fiscal, actuando éste en esa segunda instancia como parte.

Los diferentes textos legales emanados por los Monarcas en Navarra, fueron completando una relación de infracciones delictuales, en las que el Fiscal podía proceder y constituirse como parte, no pudiendo intervenir en los supuestos no específicamente determinados. De esa forma, Navarra ofreció un importante dato histórico para conocer mejor las funciones del Fiscal<sup>43</sup>.

Para el reinado de Felipe II, los denominados acusadores públicos (Procuradores Fiscales), pasaron a llamarse Fiscales de su Majestad, existiendo dos Fiscales para cada una de las Chancillerías o Audiencias existentes<sup>44</sup>. Para 1713, durante el reinado de Felipe V, se

---

<sup>43</sup> V. **MARCHENA GÓMEZ**, *El Ministerio Fiscal: Su pasado...*, op. cit., pág. 32.

<sup>44</sup> Hay autores que comentan que no fue el Rey Felipe II el que estableció dos Fiscales en cada una, como expresa el epígrafe de la Ley I, Título XVII, Libro V de la Novísima Recopilación, error que evidencia el tenor de la misma Ley, la cual sólo manda que en las Audiencias haya dos Fiscales, uno para lo civil y otro para lo criminal, refiriendo que el más antiguo de los dos Fiscales que residen o residieren en dichas Audiencias, pueda elegir el cargo de las causas civiles o criminales como mejor le convenga, pero que el Fiscal más nuevo sea proveído en lugar del Fiscal que solía tener el cargo y ejercía las causas civiles, ó en lugar del que trataba las causas criminales, elección que corresponde al más antiguo de los Fiscales. De ello se infiere claramente que al dictarse la Ley, existían ya Fiscales, y que no los estableció el Rey Felipe II, como supone el epígrafe. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., págs. 298-299. Por otra parte es importante referir que en la Novísima Recopilación, Libro V, Título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal, y en las Ordenanzas de Medina (1489), se menciona también a los Fiscales. Que en efecto, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos Fiscales: uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales. Como se puede observar los antecesores del Fiscal en sus atribuciones fueron cobrando importancia ya que en un principio, solo se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de contribución fiscal, multas, o toda pena de confiscación,

modificó la organización de la institución, nombrándose un jefe del que dependían los demás miembros del ministerio, quedando el cuerpo constituido por un Fiscal General y dos Abogados Fiscales. Hacia 1715 debido a una reorganización, se amplió considerablemente el número de funcionarios adscritos al Ministerio Fiscal. Por Decreto de Carlos III, del 1º de mayo de 1767, los agentes Fiscales que se establecieron en los Consejos y Chancillerías del reino, no estaban facultados para desempeñar las funciones y cometidos propios del Ministerio Fiscal, toda vez que su naturaleza era la de simples auxiliares de los Fiscales, no teniendo carácter ni responsabilidad decisoria, ni ninguna consideración legal en el ejercicio del Ministerio Público, pues ni firmaban, ni se entendían con ellos las actuaciones<sup>45</sup>.

Con el Decreto del 17 de abril de 1812, se creó el Tribunal Supremo en sustitución de los antiguos Consejos, y se adscribieron a él dos Fiscales, nombrándose, más adelante, a

---

encargándose después de defender la jurisdicción y el patrimonio de la hacienda real, pasando a formar, por ejemplo el Procurador Fiscal parte de la Real Audiencia, interviniendo a favor de las causas públicas, y en aquellos negocios en los que tenía interés la Corona, protegiendo, asimismo, a los indios para obtener justicia tanto en lo civil, como en lo criminal. Cfr. **COLÍN SÁNCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos penales...*, op. cit., págs. 105-106, y **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 13.

<sup>45</sup> La organización y planta de la institución va perfilándose también desde la diversidad de funciones, denominación, y aspecto externo de los Fiscales. En el reinado de Felipe II, consta el cambio de denominación de los Procuradores Fiscales por el de Fiscales de su Majestad, imponiéndoseles el uso de toga o garnacha para los mismos, estableciéndose la disposición de dos Procuradores Fiscales, uno encargado de las causas civiles y el otro de las criminales. Tras el fallido intento de trasplantar la organización francesa al Ministerio Fiscal en España protagonizado por Felipe V, la disposición más importante en la línea de ampliar gradualmente la plantilla y estructura interna del Ministerio Fiscal, corre a cargo de un Monarca profundamente reformista como Carlos III, aunque hay que aclarar que la ampliación orgánica del Ministerio Fiscal, contenida en el Decreto de Carlos III, de 1º de mayo de 1767, por la que se establecían Agentes Fiscales en los Consejos, Chancillerías y Audiencias del reino, consistía, más bien, en una ampliación burocrática, ya que éstos agentes no eran considerados miembros del Ministerio Fiscal, sino auxiliares de los mismos, sin responsabilidad ni capacidad decisoria. Sus funciones estaban reducidas a tomar los autos y firmar el recibo en el libro de conocimientos de las escribanías de cámara, y llevarlos a los Fiscales; a examinarlos y hacer relación de su resultado a éstos; a extender los escritos en los términos y cuando éstos se lo mandaban; a poner en limpio lo que escribían los mismos Fiscales; y a devolver los autos despachados a las escribanías, cuidando de que se cancelasen los conocimientos. Eran, en fin, en esto y en todo unos auxiliares confidenciales de los Fiscales, sin ninguna consideración legal en el ejercicio del Ministerio Público, puesto que ni firmaban, ni se entendían con ellos las actuaciones, y hasta las notificaciones se hacían a los mismos Fiscales en persona. Cfr. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 93-94, y **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., págs. 301-302.

dos auxiliares, por cada uno<sup>46</sup>. La Orden de 9 de noviembre de 1834, es considerada un importante precedente, ya que en ella aparecen reguladas las funciones del Fiscal como defensor y garante de los intereses de la Hacienda Pública. Sin embargo, un antecedente legislativo en materia penal sumamente relevante de la figura del Ministerio Fiscal, es el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 20 de Septiembre de 1835, que instruye al Promotor Fiscal, como parte en toda causa criminal que se persiguiera de oficio, así como establece de forma clara los principios de legalidad e imparcialidad como filtro de su actuación<sup>47</sup>. A través del Decreto del 26 de enero de 1844, se reitera la figura del Fiscal como defensor de los intereses estatales, y se ordena la reorganización del Ministerio Fiscal bajo los principios de unidad y dependencia, regulándose la existencia de un sólo Fiscal en el Tribunal Supremo, y uno sólo en cada una de las distintas Audiencias, con auxiliares que bajo su dirección ejercieron el ministerio<sup>48</sup>. La Reales Ordenes del 13 de octubre, y 6 de noviembre de 1844, al igual que las del 7 de octubre de 1845, regularon la

---

<sup>46</sup> Las Cortes generales y extraordinarias aprobaron mediante Decreto de 17 de abril de 1812, la creación del Tribunal Supremo, órgano al que se adscriben dos Fiscales, a quienes habrá de nombrarse dos sustitutos según dispone el complementario Decreto de 13 de marzo de 1814. Con anterioridad, el Decreto de 13 de septiembre de 1812, había instaurado Promotores Fiscales en todos los partidos judiciales, mientras que el Decreto de 9 de octubre de 1812, con el fin de evitar las omisiones en la persecución de los delitos o los efectos de las acusaciones falsas, exigía la presencia o audiencia del Fiscal aunque hubiese parte acusadora. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 123. Así pues llegó el Ministerio Público a la época en que se reunieron las Cortes generales y extraordinarias del reino en la isla de León, y después en Cádiz. Se promulgó la Constitución Política de 1812, en cuyo Título 5º se determinan los tribunales que habían de administrar justicia, reducidos a uno Supremo, Audiencias y Juzgados de letras. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 303.

<sup>47</sup> Es a partir de 1835 cuando en el marco de un clima político más proclive a la regeneración que al retroceso, y con ocasión de la publicación del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, la concepción institucional del Ministerio Fiscal comienza a experimentar un importante giro. En efecto, de la lectura de algunas de las disposiciones contenidas en el citado Reglamento, se desprenden nuevos perfiles definitorios de la institución, entre los que se destacan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal en todas las causas en las que se ventilen delitos públicos; la defensa de la causa pública y de la real jurisdicción ordinaria, en la que se mantiene una clara vinculación con la Corona; y la independencia de opinión que se reconoce a la institución en el ejercicio de sus funciones, así como el germen de los principios de legalidad e imparcialidad en su actuación, un riguroso régimen de responsabilidad personal. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., págs. 124-125.

<sup>48</sup> El Ministerio Fiscal continuó según lo dejó el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, hasta que el Gobierno, movido sin duda por alguna de las consideraciones que influyeron en la extensión del proyecto, expidió el Real Decreto de 26 de abril de 1844, en que se dio al Ministerio Fiscal la actual organización, aunque menguada y diminuta. Cfr. **LÓPEZ SERRANO**, “El Ministerio Público...”, op. cit., pág. 304, y **MARCHENA GÓMEZ**, *El Ministerio Fiscal: Su pasado...*, op. cit., págs. 36-37.

obligatoriedad para el Ministerio Fiscal de acudir a los estrados, así como su intervención en juicio<sup>49</sup>.

Posteriormente, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) de 1870, en algunos de sus artículos reguló la institución del Ministerio Fiscal, estableciendo principalmente que dicha figura velaría por la observancia de esa Ley, y por las demás que se refirieran a la organización de los juzgados y tribunales, promoviendo la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, teniendo la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial<sup>50</sup>. En tal virtud, el aspecto orgánico-institucional del Ministerio Fiscal queda regulado en la LOPJ de 1870<sup>51</sup>, mientras que su plano funcional es regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, siendo considerada ésta última, como uno de los textos mas avanzados de su época, en el que además se establece el abandono del modelo inquisitivo, y se exponen las bases para un nuevo modelo de enjuiciamiento penal, quedando el Juez convertido en director e impulsor de la investigación, teniendo el Ministerio Fiscal la función de inspector en el sumario<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> V. **MARCHENA GÓMEZ**, *El Ministerio Fiscal: Su pasado...*, op. cit., págs. 37-38.

<sup>50</sup> Sin embargo hay que considerar que la primera regulación sistemática del Ministerio Fiscal español no es la que componen los noventa y un artículos que le dedico la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 (arts.763 a 854), sino que debe acudir a otras legislaciones que no quisieron perder la oportunidad de ocuparse del instituto, como son el Reglamento del Supremo Tribunal de España e Indias del 13 de marzo de 1814, aprobado por las Cortes de Cádiz, del que es reproducción exacta el del 17 de octubre del 1835, y el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria del 26 de septiembre de 1835, en donde se observa ya una institución con perfiles definidos. En efecto, el Reglamento Provisional de 1835, aparte de alguna otra disposición esporádica, en el Capítulo VI y último dedica al Ministerio Fiscal, nueve de los ciento siete artículos de que consta (arts. 99 a 107 ), presentándolo el último de ellos, mas que como un órgano de legalidad, como de justicia, al referir que todos los Fiscales y Promotores Fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre la ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos, y los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia, de respetar y procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas, o de cualquier otro medio interesadas, y de no tratar nunca a estas sino como sea conforme a la verdad y a la justicia. Cfr. **PRIETO-CASTRO y FERNÁNDEZ**, “El Ministerio Fiscal en europa”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1977, págs. 9-10.

<sup>51</sup> Sobre este aspecto consultar **CARDENAL FERNÁNDEZ**, “El Ministerio Fiscal ante los cambios en la justicia”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, págs. 177-184.

<sup>52</sup> V. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal en...*, op. cit., págs. 141-142. Repasado las leyes antiguas como la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vemos que el Ministerio Fiscal tiene que defender a los perjudicados por el delito, le corresponde ejercitar la acción penal y la acción civil con toda la carga de obligaciones que ello implica. También su imparcialidad le lleva a tener que defender al acusado cuando proceda, incluso pidiendo

Otras leyes relacionadas con la institución del Ministerio Fiscal del siglo pasado son el Estatuto del Ministerio Fiscal del 21 de junio de 1926<sup>53</sup>, la Constitución Española de 1931, el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal de 1958, la Ley Orgánica del Estado del 10 de enero de 1967<sup>54</sup>, la Constitución Española de 1978, y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981<sup>55</sup>; de las cuales algunas detallaremos más adelante.

## 1.5. El Ministerio Público en México y su creación

Entre los aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil hacia las costumbres y normas sociales. El derecho no era escrito sino más bien de carácter consuetudinario, ajustándose en todo al régimen absolutista a que en materia política había llegado el pueblo azteca. El poder del Monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales y en materia de justicia el “Cihuacoatl” es fiel reflejo de tal afirmación. Este funcionario auxiliaba al “Hueytlatoni”, quien vigilaba la

---

el sobreseimiento. **ROJO URRUTÍA**, “El Fiscal. Defensor de los derechos del ciudadano”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 3, Madrid, 1987, pág. 49.

<sup>53</sup> La historia acusa algunos paréntesis de crisis del Ministerio Fiscal español por culpa de la Administración, pero la recuperación fue rápida y eficaz, especialmente desde 1870, con la Ley Orgánica del Poder Judicial. La ordenación que ha tenido más regular vigencia es el Estatuto del 21 de junio del 1926, que, naturalmente, recoge el espíritu y disposiciones de aquella, con la gran diferencia de constituir allí, de hecho, un mismo cuerpo con la magistratura, aunque aquí constituya un cuerpo distinto. Cfr. **PRIETO-CASTRO y FERNÁNDEZ**, “El Ministerio Fiscal en...”, op. cit., pág. 10.

<sup>54</sup> Las principales actividades que han marcado el actuar del Ministerio Fiscal las encontramos establecidas en la Constitución (Estatuto) de Bayona, donde se establece que habrá en el Consejo Real, un Procurador General o Fiscal y el número de sustitutos necesarios para la expedición de los negocios (art. 105); en el anteproyecto de Constitución del 6 de julio del 1929 que expone que en las funciones de justicia, el Ministerio Fiscal será el órgano de comunicación entre el Poder Ejecutivo y el Judicial (art. 101); en la de 9 de diciembre del 1931, donde se dispone que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y tendrá las mismas garantías de independencia que la administración de justicia (art. 104); y por último, en la Ley Orgánica del Estado, del 10 de enero del 1967, que dispone que el Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales de justicia, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley, y procurar ante los juzgados y tribunales, el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. *Ibidem...*, op. cit., pág. 11.

<sup>55</sup> Dentro de los autores que se han ocupado de los antecedentes legislativos del Ministerio Fiscal se encuentran **GARCÍA GARCÍA**, “Una Llamada de Atención sobre la Reforma en Curso del Estatuto del Ministerio Fiscal”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 45, 2002, págs. 41-44; **JURALDE MORGADE**, “El Fiscal de la Constitución ante la reforma de la justicia”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, págs. 185-188; **MADROÑERO SOBRINO**, “¿Tiene hoy sentido el Fiscal como defensor de la legalidad?”, en *Dogmática y Ley Penal*, Tomo, II, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Madrid, 2004, págs. 1373-1400.

recaudación de los tributos y presidía el tribunal de apelación, además de ser una especie de consejero del Monarca, a quien representaba en algunas actividades tales como la preservación del orden social y militar. Otro funcionario de gran relevancia fue el “Tlatoani”, quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio, acusaba y perseguía a los delincuentes, aunque generalmente delegaba esta facultad a los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los infractores<sup>56</sup>.

En el derecho azteca, el Monarca era la máxima autoridad judicial. Él delegaba funciones en un magistrado supremo quien conocía de inconformidades de tipo criminal (recursos). Dicho magistrado a su vez delegaba funciones en otro magistrado quien ejercía competencia en determinado territorio y éste a su vez designaba jueces encargados de los asuntos civiles y criminales. Había clasificación de jueces con jurisdicción y competencia para barrios, y tenían facultades para conocer de los delitos leves, a la vez que también establecieron un tribunal colegiado compuesto por tres o cuatro jueces para conocer de delitos graves. Estos jueces ordenaban la aprehensión de los acusados, instruyendo posteriormente el proceso en forma sumaria, siendo el magistrado supremo quien dictaba la resolución definitiva conforme a su consideración<sup>57</sup>.

La persecución de los delitos era de oficio y con el solo rumor de la comisión de un hecho delictuoso se iniciaba la persecución respectiva. Los particulares podían presentar acusaciones directamente ante los jueces<sup>58</sup>.

Con la colonización, el derecho azteca fue desplazado por el derecho español. Las leyes españolas fueron una mezcla heterogénea de preceptos legales orientados a establecer lineamientos generales del procedimiento penal y un sistema inquisitorial, que dio lugar a

---

<sup>56</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 14. Cabe señalar que el Tlatoani, jueces y alguaciles debido a las funciones de acusación y persecución que realizaban, podrían significar un antecedente para el origen del Ministerio Público en México.

<sup>57</sup> Cfr. **COLÍN SÁNCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos penales...*, op. cit., págs. 23-24.

<sup>58</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público”, en *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3., Nueva Época, México, pág. 137.

confusión con las disposiciones de carácter eclesiástico profano y real. Con el sistema inquisitorial se le dio al Juez en materia criminal un poder omnímodo, caracterizado por la ausencia de garantías para el inculpado y que atentaban contra la dignidad humana, como fueron las incomunicaciones prolongadas; tormentos para obtener confesiones; ocultamiento del nombre del acusador; ausencia del Defensor; y sentencias en secreto sin previa audiencia<sup>59</sup>.

El tribunal del Santo Oficio, la Audiencia y el tribunal de la Acordada, se establecieron para la persecución de los delitos y la aplicación de las sanciones, a la vez que se establecieron tribunales especiales para juzgar a vagos y otro tipo de delitos. En un principio el establecimiento de la Audiencia fue con el propósito de que funcionara como órgano equilibrador del poder de los peninsulares, sin embargo, llegó al fracaso debido al imperio de las persecuciones motivadas por la venganza, anarquía en la justicia, maltrato a los indios y excesos en todos los órdenes<sup>60</sup>.

En los albores del México independiente continuaron vigentes las leyes españolas. Prevalció la Constitución de Cádiz, que introdujo los jueces de partido con jurisdicción en materia civil y penal. En ella se dispuso que no se podía detener a nadie sin que precediera información sumaria del hecho por el que se estableciera pena corporal; la necesidad de mandamiento escrito por jueces para realizar detenciones, y la facultad para cualquier persona para detener al inculpado en casos de flagrancia; se estableció que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención se le haría al inculpado de su conocimiento, el motivo de su detención y los elementos que sustentan la acusación, y se le debería tomar su declaración dentro de ese plazo. El proceso era público y excluía la confiscación de bienes, el tormento y la trascendencia de la pena<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, *Principios de derecho procesal penal mexicano...*, op. cit., págs. 17-18.

<sup>60</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 138.

<sup>61</sup> Cfr. **COLÍN SÁNCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos penales...*, op. cit., págs. 43-44.

El Decreto Constitucional de 1814 llamado “Para Libertad de la América Mexicana”, la Constitución de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, y los Proyectos de 1842, siguieron la tradición de los españoles por cuanto a integrar la figura del Fiscal dentro de los organismos judiciales, con facultades de acusación en el proceso penal, pero sin establecer un organismo unitario y jerárquico<sup>62</sup>.

En efecto, en la vida jurídica de México independiente siguieron en funciones los Procuradores Fiscales, mismos que se establecieron en la producción legislativa Constitucional; así pues en la Constitución de Apatzingan de 1814, se señala que en el Supremo Tribunal de Justicia habría dos Fiscales, uno para el ámbito civil y otro para el penal. En la Constitución federal de 1824, se menciona al Fiscal formando parte de la Suprema Corte de Justicia; asimismo, en las Siete Leyes Constitucionales de 1836 y en las Bases Orgánicas de 1843, se seguía conservando la Procuraduría Fiscal<sup>63</sup>.

Durante el gobierno de López Santa Anna, se dictaron las Bases para la Administración de la República, estableciéndose el nombramiento de un Procurador General de la República que sería recibido por los tribunales con el carácter de parte y representante de los intereses de la nación<sup>64</sup>.

La Ley de 1855, expedida por el Presidente Comonfort, federalizó la promoción del Promotor Fiscal, y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, expedido por el mismo Presidente, se establece que todas las causas criminales deben ser públicas con excepción de los casos que contravinieran la moral<sup>65</sup>. En efecto, el 5 de marzo de 1856, con Ignacio Comonfort, se promulgó el Estatuto Orgánico Provisional de la República

---

<sup>62</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 138.

<sup>63</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 14.

<sup>64</sup> Cfr. **FRANCO GUZMAN; VELA TREVIÑO; ADATO DE IBARRA; DE GONZÁLEZ MARISCAL; GARCÍA RAMÍREZ; MILO CAMACHO; SÁNCHEZ GALINDO; FERNÁNDEZ PÉREZ; RODRÍGUEZ MANZANERA y QUIRÓZ CUARÓN**, *Manual de introducción a las ciencias penales*, Secretaría de Gobernación, México, 1976, pág. 84.

<sup>65</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 14.



Mexicana, en el que se dispone que los tribunales tomaran como base de la averiguación, la consignación hecha por el Fiscal<sup>66</sup>.

La Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, promulgada por el Presidente Benito Juárez en 1869, calificaba al Promotor Fiscal de representante del Ministerio Público y se le facultaba para actuar como parte acusadora independientemente de que lo deseara, o no, la parte ofendida. En efecto, esta Ley estableció tres procuradores a quienes por primera vez se les denominó representantes del Ministerio Público, sin embargo, el cambio sólo radicó en su denominación y su única ventaja fue que se constituían en parte acusadora con independencia de la parte ofendida del delito. No obstante estas características, los tres Procuradores o Promotores Fiscales establecidos por esta Ley, carecían de dirección y de unidad, ya que eran independientes entre sí<sup>67</sup>.

El Código de Procedimientos Penales de 1880 para el Distrito Federal, fue un elemento importante para la institución del Ministerio Público, ya que en su artículo 28 dispone que el Ministerio Público, se considera una magistratura instituida para expedir y auxiliar la pronta administración de la justicia en representación de la sociedad, y para defender ante los tribunales los intereses de la misma, a través de los medios establecidos por la Ley<sup>68</sup>. No obstante, los avances logrados por dicho Código en lo que respecta a la institución del Ministerio Público, sólo considero a ésta figura como un auxiliar en la administración de justicia, ya que los jueces de paz menores y del ramo penal previstos por el Código Penal, al quedar facultados como policía judicial, quedan constituidos en Juez y parte<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Cfr. **FRANCO GUZMAN; VELA TREVIÑO; ADATO DE IBARRA; DE GONZÁLEZ MARISCAL; GARCÍA RAMÍREZ; MILO CAMACHO; SÁNCHEZ GALINDO; FERNÁNDEZ PÉREZ; RODRÍGUEZ MANZANERA, y QUIRÓZ CUARÓN**, *Manual de introducción a las ciencias penales...*, op. cit., pág. 84.

<sup>67</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 14, y **RIVERA SILVA**, *El procedimiento penal mexicano...*, op. cit., 1983, pág. 73.

<sup>68</sup> Cfr. **RIVERA SILVA**, *El procedimiento penal mexicano...*, op. cit., pág. 73.

<sup>69</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 16.

En el Código de Procedimientos Penales de 1894 para el Distrito y territorios de la Federación, expedido por el Presidente Porfirio Díaz, la policía judicial y el Ministerio Público conservaron la misma reglamentación jurídica que tenían en el Código de 1880. Aunque, en septiembre de 1903, el presidente Díaz, expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público considerándolo no como mero auxiliar de la justicia, sino como parte en el juicio con ingerencia en todo asunto que afecte el interés público y el de los incapacitados. Se le crea como institución que tiene jerárquicamente al Procurador General de Justicia, se le dota de unidad con actuación impersonal y como institución que emana del Poder Ejecutivo<sup>70</sup>.

En el fuero federal se conserva al Ministerio Público en su Ley Orgánica y su Reglamento del 16 de diciembre de 1908, como una institución auxiliar de la administración de justicia. Con estas características funciona hasta la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917<sup>71</sup>, cuando dicho organismo se federaliza, y adquiere características propias producto de las necesidades y experiencias nacionales, pero diferenciándose de la institución francesa que le dio origen<sup>72</sup>.

Para esto el 1 de diciembre de 1916, Venustiano Carranza envió un documento a manera de exposición de motivos, en relación al artículo 21 Constitucional en el que se expresa: “Las leyes vigentes tanto del orden federal como del común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal porque la función designada a los representantes de aquel, tienen un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido durante el periodo

---

<sup>70</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 139, y **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 16.

<sup>71</sup> La institución significa en la Constitución de 1917 una auténtica reivindicación social. Ella representa el interés social de justicia. Cfr. **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 189-190, Tomo XLIII, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Mayo-Agosto, 1993, pág. 164.

<sup>72</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., págs. 16-17.

corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad recuerda los errores cometidos por los jueces que ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos en contra de personas inocentes, y en otros, contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la Ley<sup>73</sup>. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan viciado, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos; la búsqueda de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios o reprobados; y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuanto sospechoso juzgan, sin más mérito que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada, porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige...”<sup>74</sup>.

En efecto, el primer jefe del ejercito constitucionalista presentó como proyecto para su discusión en el seno del Congreso constituyente, la redacción del artículo 21

---

<sup>73</sup> El Ministerio Público es y debe ser el más fiel guardián de la Ley, órgano desinteresado y desapasionado, representante de los más altos intereses de la sociedad; debe velar por la defensa de los débiles e incapaces; pedir la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad; debe ser el más meticoloso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio Defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito; el más celoso guardián del estricto cumplimiento de las leyes, por ello y con el afán de terminar con la arbitrariedad por parte de las autoridades judiciales, se considero necesario fortalecer su intervención. Cfr. **CASTRO**, *El Ministerio Público en México*, Editorial Porrúa, México, 1982, pág. 107.

<sup>74</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 139-140.

Constitucional, que contenía las ideas antes expuestas, en los términos siguientes: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Sólo incumbe a la autoridad administrativa, el castigo de las infracciones de los Reglamentos de Policía y la persecución de los delitos, por medio del Ministerio Público y de la policía judicial, que estará a disposición de éste...”<sup>75</sup>.

El precepto redactado en estos términos daba lugar a que se interpretara que la autoridad administrativa sería la encargada de imponer el castigo a las infracciones de los Reglamentos de Policía, y de la persecución de los delitos, quedando inclusive el Ministerio Público y la policía judicial bajo su autoridad, por lo que tal texto fue modificado, aprobando la redacción actual del artículo 21 Constitucional, el cual regiría a la autoridad judicial, pública, administrativa, quedando redactado en los términos que actualmente establece: “La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía”<sup>76</sup>.

En esta forma quedan consagrados en los artículos 21 y 102 Constitucionales los principios rectores de la institución del Ministerio Público, el cual conforme a los mismos deja de ser miembro de la policía judicial, al igual que los otros funcionarios a que se refería el Código de Procedimientos Penales de 1880 (jueces, inspectores de policía, etc.), y se convierte al Ministerio Público en el único órgano del Estado encargado de la persecución de los delitos, monopolizando el ejercicio de la acción penal, el cual se federaliza como consecuencia de su reglamentación dentro de la Constitución Política de la República. En cuanto a los jueces de lo penal, pierden su carácter de policía judicial, otorgándoseles únicamente la función de juzgadores, quedando la policía judicial integrada por agentes de policía subordinados a las órdenes del Ministerio Público. Los postulados de

---

<sup>75</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 18.

<sup>76</sup> *Ibidem*.

la institución del Ministerio Público, estructurada como garantía Constitucional, son ampliadas en las Leyes Orgánicas del Fuero Común y Federal de 1919, expedidas por el Presidente Venustiano Carranza, donde cabe notar que en lo aplicable en materia común, se otorgaba al particular ofendido por algún delito, el derecho de hacer uso del juicio de amparo y de responsabilidad contra la negativa del Procurador de ejercitar acción penal<sup>77</sup>.

En 1929 se expide una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, y por Decreto del 22 de diciembre de 1931, se suprimen las comisarías de policía, estableciéndose en su lugar las delegaciones del Ministerio Público y los juzgados calificadores, aquellas encargadas de la persecución de los delitos y éstos de sancionar las infracciones al Reglamento de Policía y Buen Gobierno. La segunda Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1934, fue derogada por la de 1941, la cual conservó en general la estructura de la anterior, previéndose como funciones primordiales vigilar para que las autoridades del orden federal o común cumpliesen con los preceptos de la Constitución Federal. Posteriormente, el Ministerio Público Federal se rigió por los postulados de su nueva Ley Orgánica, expedida en 1955, misma que fue abrogada por la de 1974. En 1983, el Ejecutivo Federal expidió las nuevas leyes orgánicas que actualmente rigen al Ministerio Público del fuero federal y del común, con sus respectivos reglamentos internos, quedando abrogadas la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1974, y la del fuero común de 1977<sup>78</sup>. Así pues las bases de organización y funcionamiento primordiales de la institución del Ministerio Público, las encontramos previstas a su vez en el artículo 102 Constitucional.

Para la conformación del Ministerio Público mexicano se consideraron tres aspectos: a) del ordenamiento francés se tomó como característica principal la unidad e indivisibilidad, ya que cuando actúa lo hace en nombre y representación de la institución; b) la influencia española que radica en el procedimiento al formular conclusiones, ya que éstas siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del Promotor Fiscal del

---

<sup>77</sup> Ibidem; op. cit., págs. 18-19.

<sup>78</sup> Ibidem; op. cit., pág. 19.

tribunal de la inquisición; c) el elemento nacional que radica en el monopolio del ejercicio de la acción penal, y además porque el Ministerio Público es el jefe de la policía judicial<sup>79</sup>.

Y es que es obligación del Estado mexicano, mantener el orden, asegurar la paz, garantizar la seguridad para dar estabilidad y tranquilidad social al país con respeto absoluto a las garantías individuales, así como dar plena vigencia al Estado de derecho y hacer permanente el principio de legalidad. Para hacer frente a ello y garantizar a su vez el orden social, el Estado mexicano creó una institución de rango Constitucional: el Ministerio Público<sup>80</sup>.

Como observamos, el fundamento legal principal que regula la actuación del Ministerio Público lo encontramos en el artículo 21 Constitucional, el cual señala que incumbe al Ministerio Público la persecución de los delitos junto a la policía judicial, quien depende de aquel. En efecto, conforme a los artículos 21 y 102 de la Constitución Mexicana, la persecución de los delitos está a cargo del Ministerio Público, a quien, por tanto, corresponde la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal, solicitar las órdenes de aprehensión contra los probables responsables, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad del inculcado, etc; estando única y exclusivamente la función persecutoria a cargo del Ministerio Público.

Una interpretación adecuada del artículo 21 Constitucional permite sin más admitir esa exclusividad del ejercicio de la acción penal a favor del Ministerio Público, la que indudablemente debe estar revestida de una serie de límites y controles. En el ejercicio de la averiguación o investigación de los delitos, el Ministerio Público después de recibir la denuncia o querrela practica una serie de diligencias, para finalmente determinar si ejercita o no la acción penal; lo que implica determinar si se dan o no los requisitos señalados por el

---

<sup>79</sup> Cfr. **PIÑA y PALACIOS**, *Derecho procesal penal*, Editorial Botas, México, 1948, págs. 59-61.

<sup>80</sup> Cfr. **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea...”, op. cit., págs. 163-164.

artículo 16 Constitucional<sup>81</sup>: comprobación de los elementos del tipo penal de que se trate, y de la probable responsabilidad del indiciado<sup>82</sup>.

El Ministerio Público es una institución que representa nuestros intereses y los de la sociedad<sup>83</sup>. Su función es investigar si efectivamente los hechos son constitutivos de delito, y si los son, una vez realizadas las diligencias necesarias, las hará del conocimiento del Juez competente, autoridad que instaurará un proceso, para confirmar y establecer la punición que corresponda, y restituírnos en nuestro derecho violado<sup>84</sup>.

La tarea del Ministerio Público resulta bastante complicada, ya que por un lado tiene la obligación de recibir las denuncias y querellas, y por otro tiene que respetar y salvaguardar los derechos que la Ley otorga a quien esta investigando por ser sospechoso de la comisión del hecho delictivo. Por lo que si dentro de sus obligaciones se encuentra la de investigar, el Ministerio Público no violenta los Derechos Humanos siempre que respete las formalidades esenciales para iniciar dicha investigación<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> El Ministerio Público debe velar por la estricta y oportuna aplicación de la Ley; de la observancia de la Ley por parte de las autoridades y ciudadanos; debe ejercer la abogacía de la Federación, de la sociedad y de los individuos. *Ibidem*; op. cit., pág. 164.

<sup>82</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público”, en *Criminalia*, Año LXI, No. 3, Editorial Porrúa, México, D.F., Septiembre-Diciembre, 1995, pág. 32.

<sup>83</sup> Un ministerio es una categoría del más elevado rango en el conocimiento de los asuntos de Estado y cuando es público es que representa la Ley y las causas del bien común. Por esas razones y su naturaleza intrínseca, el Ministerio Público en México, es el representante de todas las personas y de la sociedad misma. Cfr. **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea...”, op. cit., pág. 164.

<sup>84</sup> Es común que en el proceso el Ministerio Público no aporte pruebas, no investigue, ni intervenga como debe ser en las audiencias y en todos los asuntos. De esa forma difícilmente obtendrá una sentencia condenatoria. El Ministerio Público debe intervenir en todas las partes del proceso, por ejemplo, en el desahogo de las testimoniales, necesita preguntar y objetar las preguntas inconducentes. Cabe referir que un factor decisivo para lograr una sentencia condenatoria es la honestidad, y el agente del Ministerio Público puede torcer la Ley para él beneficiarse en perjuicio de la justicia y de la sociedad, pero jamás obtendrá una sentencia condenatoria si se topa con un Juez honesto. Cfr. **OJEDA BOHÓRQUEZ**, “Los cuatro errores más frecuentes de los agentes del Ministerio Público”, en *Inter. Criminis*, No. 1, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, págs. 84 y 89.

<sup>85</sup> El Ministerio Público se trata de una institución que en México puede estar integrada a la Procuraduría General de Justicia, y que también constituye un sector importante del sistema de justicia penal y, por ende, le corresponde igualmente parte del “ius puniendi”. Y de la misma manera que el total “ius puniendi” esta sujeto a una serie de límites y controles, también lo esta el que corresponde al Ministerio Público. Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 30. Cabe señalar que el Ministerio Público ha sido considerado, por algunos, como el ilustre representante de la sociedad y de la Ley; custodio de la libertad y los derechos de los ciudadanos, y por otros, como un engendro teratológico

Asimismo, de acuerdo a nuestra Constitución Política, el Ministerio Público debe tener el señorío sobre la investigación y el control de la actividad investigadora que desarrolla la policía judicial. Es el que debe fungir como órgano de control de la arbitrariedad policíaca, de la misma manera que lo debe ser de la arbitrariedad de las otras autoridades. El Ministerio Público es el que debe tener el control de la investigación de la manera más completa posible, desde sus inicios hasta que se llega a determinar si procede, o no, el ejercicio de la acción penal<sup>86</sup>.

La presencia del Ministerio Público en el campo del sistema penal como órgano acusador, obedece fundamentalmente a la necesidad de superar las graves desventajas que implica la averiguación de verdad por parte del Juez en el proceso inquisitivo. Pero esta introducción del Ministerio Público no siempre encuentra total aceptación<sup>87</sup>. Sin embargo, se considera que la actuación del Ministerio Público tiene ciertos puntos a favor: que si el “ius puniendi” y la titularidad de la pretensión punitiva pertenecen al Estado, nada mas natural que el ejercicio de la acción penal se confíe a un órgano del poder público; que el monopolio acusador estatal es congruente con la evolución jurídica, y constituye uno de los caracteres sobresalientes del derecho procesal contemporáneo; que la actuación del Ministerio Público responde mejor a los fines de la justicia penal, en cuanto debe estar informada por rigurosa objetividad y búsqueda de la verdad material; que la intervención del Ministerio Público como actor excluye reminiscencias de venganza privada y consideraciones ajenas al marco público que ciñe al proceso penal de nuestros días; que no existen hoy las condiciones psicológicas, sociales y políticas que en otro tiempo explicaban el que se deje a los ciudadanos la función de ejercitar la acción penal y; que no se debe traer

---

semejante a los imaginados por la mitología de la antigüedad clásica. Cfr. **AGUILAR y MAYA**, “Dignidad y funciones del Ministerio Público Federal”, en *Revista de Derecho Penal*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, Abril-Mayo, 1942, págs. 34 y ss.

<sup>86</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 36-37.

<sup>87</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 30



a colación, a favor de la acción privada, particular o popular, el ejemplo de Inglaterra cuyas costumbres y tendencias difieren considerablemente de los otros pueblos<sup>88</sup>.

## **2. La importancia de la intervención del Ministerio Fiscal a través de la historia.**

### **Aspectos generales**

Al analizar los antecedentes históricos generales citados de la figura del Ministerio Fiscal, observamos que en Grecia, Roma, Francia y España, existió un dominio del poder real, siendo casi absoluto, hasta el grado de que el Monarca se representaba en el Estado, y a pesar de argumentarse la protección de intereses generales, todo giraba en torno a los intereses que pudiesen derivarse en favor de la Corona<sup>89</sup>, quien creó los organismos facultados para protegerlos. Las funciones de los elegidos por el Monarca, consistieron primordialmente en la vigilancia de las leyes, en el desempeño de acciones de acusación pública, en la recaudación de contribuciones, en la persecución y castigo de defraudadores, en la persecución de delitos y reclamación de la reparación de daños y perjuicios, y en la investigación y castigo de manera general, amén de informar a los órganos de justicia<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> **GARCÍA RAMÍREZ**, “La acción en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 65, Enero-Marzo, 1967, pág. 136 y ss.

<sup>89</sup> Tal y como dice **MIQUEL**, “Como en la Europa llegó en los siglos medios a tomar el poder Real una preponderancia tan considerable, como saludable bajo varios aspectos; como ese poder llegó a ser casi absoluto y todo emanaba de él, y como en el Rey se personificaba el Estado, de aquí que, aun lo que se hiciese encaminado a proteger los intereses particulares, apareciera como hecho en servicio del Rey. De modo que, aún cuando el Ministerio Público tuviese por objeto proteger los intereses colectivos de los ciudadanos ante los tribunales de justicia, funcionaba en servicio del Rey”, “El Ministerio Público en los sumarios”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XI, Madrid, 1857, pág. 101.

<sup>90</sup> En México la situación fue similar, ya que remitiéndonos a la época de los aztecas, el Monarca, quien era la máxima autoridad judicial delegaba también atribuciones a funcionarios especiales. Estas consistían en la vigilancia y recaudación de tributos, servir como consejeros del mismo, acusar y perseguir a los delincuentes, pudiendo incluso disponer de las vidas a su arbitrio. Los funcionarios que estaban principalmente relacionados con los asuntos criminales, a su vez nombraban a otros encargados para que conocieran de los delitos cometidos. Estos ordenaban la aprehensión de los acusados e instruían el procedimiento. Como se refirió el derecho azteca fue desplazado por el derecho español con la colonización. Así las leyes españolas fueron una mezcla heterogénea de preceptos legales para establecer los lineamientos del proceso penal basado también en un sistema inquisitorial.

Gran parte de la doctrina ha considerado que en todas estas figuras que hemos referido se puede encontrar los antecedentes directos del Ministerio Fiscal. Sus ancestros serían los Abogados y Procuradores del Rey que con anterioridad al siglo XIV no eran más que representantes de los intereses privados del Monarca. Estos antecedentes diseñan un Fiscal que en general es un Procurador del Rey defensor de los intereses del fisco o tesoro del Rey, y casi todas las cuestiones en que se interesa el Fiscal son de derecho privado, siendo así el Fiscal protector de los intereses privados del Rey.

También se puede observar que existió una vinculación entre las infracciones fiscales con la materia penal y el interés público por el castigo de las mismas. Sin embargo, el poder giró siempre en torno a la Monarquía, aunque con el tiempo surgió un proceso de expansión hacía el interés general, con el objeto de que no se abandonara la defensa de la legalidad a la iniciativa privada, buscándose un organismo público que sostuviera las pretensiones y se opusieran a la de los órganos jurisdiccionales, y aunque el Ministerio Público o Fiscal haya sido establecido en un principio con la representación de los reyes para la administración de justicia en su nombre (considerándosele un Abogado cualificado para defender sus intereses), sus funciones y su presencia se fueron expandiendo a la jurisdicción penal.

En tal virtud, consideramos que la importancia de la intervención histórica del Ministerio Fiscal o Público partió de dos principales ideas. La primera que le atribuyó la función de defensa de los derechos de la Corona ante los órganos de justicia y la protección de intereses públicos, y la segunda que perfiló un sistema jurisdiccional, basado en el principio acusatorio.

A su vez, creció la necesidad de terminar con la inquisición, donde existiera un sólo funcionario encargado de indagar y castigar, para tener otro funcionario diferente, cuya

misión fuera perseguir penalmente los crímenes, y representar la acusación en los juicios, siendo un opositor para el acusado<sup>91</sup>.

Con lo expuesto podemos deducir que en algunos sistemas jurídicos los motivos jurídico-políticos que contribuyeron a la creación del Ministerio Fiscal o Público fueron: la abolición del proceso inquisitivo antiguo del que se encargaba sólo el Juez (perseguir y juzgar-decidir), delegándose al Ministerio Fiscal la recolección del material probatorio en el procedimiento preliminar, estando así la administración de justicia en manos de dos funcionarios cuyas actividades serían diferentes, con el objeto de salvaguardar el principio de imparcialidad<sup>92</sup>; la constitución del Ministerio Público como funcionario encargado de la instrucción, no sería concebida sólo para cumplir una función unilateral de persecución, sino para concederle la función de “Custodio de la Ley”, es decir, velaría a su vez en favor del imputado, para que se obtuviese todo el material de descargo, y para que ninguno de sus

---

<sup>91</sup> Con la abolición del proceso inquisitivo antiguo, que reunía en una sola mano, la del Juez, la actividad de perseguir y de juzgar; al ser transmitida la resolución del material probatorio en el procedimiento preliminar al Ministerio Público, y ser confiada la administración de justicia a la actividad complementaria de dos funciones judiciales independientes del uno del otro, las del Ministerio Público por un lado, y la del tribunal por otro, se alcanza la posición del Juez de juzgador imparcial por primera vez del contenido de acusación. **ROXIN**, “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1993, pág. 40.

<sup>92</sup> La facultad de ejercer la acusación pública es consustancial al mismo concepto de Fiscal, aunque ésta no es la única manera, pues la Ley podrá converger diversos mecanismos en el Fiscal dependiendo de la noción de la defensa de la legalidad que se desprende de cada sistema, así como tampoco es esencial que el Fiscal cuente con el monopolio de la acusación, de hecho en España comparte esta capacidad con otros participantes en el proceso. Cfr. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 29-30. Y es que en el proceso penal al Estado le interesa ejercer la jurisdicción y por eso articula un órgano que inicie el proceso y ejercite la acción o pretensión punitiva. Con ello, por un lado, en los ordenamientos jurídicos modernos nace como axioma que la imposición de las penas pertenece al Estado, y por otro, que lo que exige el sistema procesal vigente es que para que haya proceso y sentencia alguien lo pida, que la actividad jurisdiccional se promueva desde fuera de ella misma, quedando así separadas las funciones de acusar y juzgar. Ambas son funciones públicas, más lo que se busca es que el Estado, en cuanto acusa no juzgue, en cuanto juzga no acuse. Con la distinción del Ministerio Fiscal se satisfacen al mismo tiempo exigencias coordinadas, políticas y técnicas por igual. De esa forma, el Fiscal es el órgano activo de la justicia contrapuesto al órgano decisorio, por esencia pasivo, y sometido a la iniciativa de las partes, a virtud de los principios dispositivo y acusatorio. No bastaría la exigencia de la acción privada y la acción popular por genérica que esta sea para que el proceso penal se pusiera en marcha en todos los casos de delito, y el Estado no puede renunciar a la tutela del orden jurídico amenazado por el delito, tutela que debe ejercer. La dejación de la acción en manos privadas, cuya experiencia nefasta hizo abandonar el sistema acusatorio, tendría también un efecto negativo en los supuestos de víctimas u ofendidos indigentes, que no pueden acceder fácilmente a la justicia, y que encuentran en el Ministerio Fiscal su valedor. Cfr. **CONDE-PUMPIDO FERREIRO**, “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico”, en *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 869-870.

derechos procesales fueran menoscabados, ocupando así el Ministerio Fiscal o Público una posición que lo obligaría tanto a la protección del acusado, como a actuar en contra de éste<sup>93</sup>.

Así pues a lo largo de la historia, el Ministerio Fiscal o Público se ha ido consolidando en diversos sistemas jurídicos, evolucionado en todos los sentidos, alcanzando un grado de perfeccionamiento y reconocimiento de la sociedad, amén de que dentro de sus misiones, esta la de proteger y servir a la misma.

El Ministerio Fiscal o Público en gran cantidad de países esta encargado como órgano único de la persecución de los delitos, estableciéndose de esta manera el sistema de la acusación estatal y del monopolio de la acción penal por el Estado<sup>94</sup>. Y es que se parte de

---

<sup>93</sup> El Ministerio Fiscal bien podría ser –con ciertas reservas en cuanto al calificativo administrativo- el órgano administrativo del Estado encargado de defender el interés público de la legalidad en la actuación de los tribunales, interviniendo al efecto como parte en los procesos penales y en los procesos civiles no dispositivos, y asesorando y corrigiendo a los tribunales en cuanto respecta a las normas orgánicas procesales. **SERRA DOMÍNGUEZ**, “El Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 3-4, 1979, pág. 621.

<sup>94</sup> Cfr. **GARDUÑO GARMENDIA**, *El Ministerio Público en la investigación de delitos...*, op. cit., pág. 10. Compulsados los ordenamientos jurídicos de Estados ubicados en distintos continentes, se advierte en todos ellos como denominador común la existencia de un órgano público que ejerce la titularidad de la acción penal pública y la defensa y representación de la causa pública, del interés general, del bien común. El Ministerio Público ó Fiscal tiene una misma misión: la de representar a la sociedad constituyéndose en parte pública monopolizadora de la acción penal. Puede entonces concluirse que el Fiscal se erige en una institución necesaria, y no es arriesgado considerarla una institución de derecho natural, y ello es así desde que la persecución de los delitos constituye cometido esencial del Estado, que no puede por principio dejar en manos de los particulares, por cuanto el castigo de los delitos no sólo interesa al particular ofendido, sino también y principalmente al cuerpo social, pues no se concibe que la función de acusar quede en manos de particulares. Cfr. **PACHECO CARVE**, “El Fiscal en el derecho comparado”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, No. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pág. 133. En el caso de España hay algunos autores que consideran que la instrucción debiera ser a cargo del Ministerio Fiscal por entenderse que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución Española. Sobre este tema se puede ver una publicación reciente de sumo interés, consistente en un debate sobre quien debe dirigir la investigación oficial del delito, realizada por **ANDRÉS IBAÑEZ. P; DIEZ-PICAZO. L; MONTERO AROCA. J; MORENO CATENA. V; y VIVÉS ANTÓN. T.**, “¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La investigación penal a debate”, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007, págs. 11-121. Como es sabido, en España la instrucción se encuentra a cargo del Juez instructor, salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de un hecho delictivo, en cuyo caso puede instruir. V. **GÓMEZ COLOMER**, “El Fiscal Instructor”, *Justicia*, No. 2, 1996, págs. 271-273. Asimismo se es de la idea que a pesar de los precisos términos en que aparece redactado, -el olvidado por todos- artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la instrucción de las causas penales se eterniza en los juzgados de instrucción. El retraso de la instrucción penal tiene múltiples causas, entre las que habitualmente se citan la mentalidad inquisitiva de la magistratura, gracias a la cual el

la idea de que investigar y juzgar por la misma persona es incompatible, ya que el que ha realizado, dirigido u ordenado la investigación, no puede enjuiciar el valor de sus propios actos<sup>95</sup>.

En España, el Juez Instructor, tiene facultades sobre la apertura de la instrucción, debiendo formular imputación contra algún sujeto, asimismo, ordena de oficio las diligencias de investigación que considera necesarias, y a la vista de los resultados decide sobre la finalización de la instrucción señalando los contornos fácticos dentro de los que se habrá de desarrollar el juicio oral. A su vez se le impide adoptar medidas de limitación o de privación de libertad, a menos de que sean solicitados por alguna parte acusadora. Como Juez, debe intervenir también como Juez de garantías de los derechos del imputado<sup>96</sup>. Debemos enfatizar que la autoridad que instruye es diferente de la que juzga y emite el fallo, no siendo nuestro objetivo ahondar si debe ser el Juez Instructor o Ministerio Fiscal el encargado de la instrucción penal, ya que ello entrañaría otro trabajo de investigación.

---

sumario nunca llegó a cumplir con la misión que le había reservado el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, preparar el juicio oral; la larga tramitación de los medios de impugnación, en especial de la casación penal; o la falta de los medios materiales y personales. Todas ellas coadyuvan con la verdaderamente determinante del endémico retraso que sufre la administración de justicia española que no es otra que la pervivencia de un modelo procesal penal, en el que la instrucción de los procedimientos se encomienda a un órgano jurisdiccional, circunstancia que basta y sobra para provocar la lentitud e ineficacia actuales. V. **LÓPEZ LÓPEZ**, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 2004., pág. 53. La instrucción del proceso penal exclusivamente por el Ministerio Fiscal se consideraría una medida plenamente Constitucional y que no supone retroceso de las libertades públicas. Cfr. **LAFONT NICUESA**, “El Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal”, en *La modernización de la justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 419. Sobre este aspecto se pueden ver también obras de **GIMENO SENDRA**, “Algunas Sugerencias sobre la Atribución al Ministerio Fiscal de la Investigación Oficial”, *Justicia*, No. IV, 1988, págs. 829-830; **MARTÍN PASTOR**, “Presente y futuro del Ministerio Fiscal en la instrucción penal”, en *La modernización de la justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, págs. 189-197; y **NARVAEZ RODRÍGUEZ**, “La investigación penal por el Ministerio Fiscal. Una apuesta para el futuro, Tribunales de Justicia”, *Revista Española de Derecho Procesal*, No. 10, 2000, págs. 1067-1092.

<sup>95</sup> V. **VIVES ANTÓN, T.**, “Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito, ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor?”, *La investigación penal a debate, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007, pág. 106.

<sup>96</sup> V. **MORENO CATENA, V.**, “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos, ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor?”, *La investigación penal a debate, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007, págs. 83-85.

### 3. La evolución del Ministerio Fiscal o Público

#### 3.1. España

Como se ha visto, el Ministerio Fiscal se asemeja en su mayoría a la figura del “*Adcocus Fiscus*”, ya que ésta tuvo en un principio la misión de defender y representar los intereses personales y patrimoniales del Rey, para después ir aumentando sus funciones, las cuales se vincularon con la promoción de justicia en el ámbito criminal, provocando un cambio hacía el interés público de la defensa de la legalidad. En efecto, esta evolución fue desde la procuración de los intereses meramente patrimoniales, pasando por el interés de garantizar la paz pública a través del poder del Rey, asegurando la persecución de los delitos, estableciendo el sistema acusatorio<sup>97</sup>. Es decir, los entonces “*Personeros Reales*” o “*Procuradores del Rey*”, defendieron los intereses del Monarca y fungieron como sus representantes en los juicios, participando en asuntos que, de acuerdo a la legislación vigente, existiera de por medio pena pecuniaria a favor del Fisco. Como se desprende el único interesado y beneficiado fue el Rey<sup>98</sup>.

La Constitución de 1812, con la creación del Tribunal Supremo de Justicia, da pie para que se adscriban al mismo dos fiscales (Artículo 6 del Decreto de creación de 17 de abril de 1812), los que conforme al Reglamento de la Administración de Justicia, de 13 de

---

<sup>97</sup> Con el incremento de las sanciones pecuniarias, casi todo delito cometido tuvo pena de esa naturaleza, aumentando la actuación de los designados hasta convertirse en protagonistas del enjuiciamiento criminal. Hay que observar que al proteger los intereses reales de carácter patrimonial, se protegió otros intereses, también sometidos al Rey, aunque disfrazados con un perfil público, efectuándose así “la persecución de los delitos”, desarrollándose funciones públicas, como la de acusación. Así pues se legisló la figura del Fiscal como acusador, se fueron estableciendo los Procuradores en las Chancillerías, y se adscribieron Fiscales a los tribunales y Consejos. En efecto, sus funciones fueron ampliadas, agregándose a las ya hacendísticas tradicionales, las funciones de defensa de la legalidad en materia criminal, incorporándose el cometido de asegurar la persecución de los delitos, mediante el ejercicio de la acción pública.

<sup>98</sup> Con relación al Ministerio Fiscal se ha escrito mucho existiendo un absoluto desacuerdo sobre su naturaleza, su razón de ser, sus funciones y hasta el nombre de la institución es cuestionado, ya que tiene una proyección marcadamente hacendística acorde con sus orígenes de Abogado del Fisco, pero que no se aviene con sus funciones actuales. Estas discrepancias se deben a que no es una institución clara, con nítidos contornos, debido a su multiplicidad de funciones y a su evolución histórica cambiante, a diferencia de las funciones de los jueces que siempre han sido las mismas. Cfr. **GARCÍA GARCÍA**, “El principio de oportunidad en nuestro derecho vigente”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pág. 541.

marzo de 1814, habían de tener dos agentes fiscales cada uno en concepto de auxiliares que debían ser nombrados por el Rey a propuesta, en terna, del tribunal, y previa oposición, con lo que se instaura, ya en el origen, este sistema de ingreso del personal fiscal que aún perdura<sup>99</sup>.

Las reformas de 1834 y 1835 al establecer los juzgados de partido y con la nueva división judicial, son las que aportarían una trascendental innovación, creando los Promotores Fiscales, cuya misión es defender los intereses del Fisco, los negocios pertenecientes a la causa pública, las prerrogativas de la Corona y de la Real Jurisdicción Ordinaria. El tratamiento dado en dichos reglamentos a los fiscales han sido precedentes del sistema del artículo 124 de la actual Constitución. Por un lado, se equiparan los ministros del Tribunal Supremo y los fiscales estableciendo que éstos asistirían a sala como jueces cuando no hubiere suficiente número de ministros; por otro lado, en el Reglamento Provisional se consagra la independencia de opinión de los Promotores Fiscales, con libertad para proponer aquello que conceptúen arreglado a las leyes (art. 105), y se les conmina que tengan muy presente que su Ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre lo ejercen, y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen igual obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia; de respetar o procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro modo interesadas, y de no tratar nunca a éstas si no es conforme a la verdad y a la justicia. Aparecen así consagradas la sumisión del Fiscal a la legalidad y a la imparcialidad y su carácter independiente y de magistratura paralela a la de los jueces, valores que han de tardar más de un siglo en volver a ser reconocidos<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> **CONDE-PUMPIDO FERREIRO**, *El Ministerio Fiscal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 31.

<sup>100</sup> Como se observa se incrementa el número de Fiscales Abogados en las Audiencias y tribunales. Se instruyó al Promotor Fiscal como parte en toda causa criminal que se persiguiera de oficio, regulándose los principios de legalidad e imparcialidad como base de su actuación. Asimismo, se impusieron las obligaciones para los Fiscales de acudir a los estrados e intervenir en juicios, y con el fin de evitar omisiones en la persecución de los delitos o acusaciones falsas, se exigió la presencia del Fiscal aunque hubiera parte acusadora.

Es el Real Decreto de 26 de abril de 1844 el que introduce en la institución los principios orgánicos de unidad y dependencia funcional fundados en la necesidad urgente de dar unidad y vigor al Ministerio Fiscal<sup>101</sup>, para que no actuaran según su libre criterio en el despacho de los negocios por arduos e importantes que sean, ya que por ello se cometen a veces errores gravísimos y perjudiciales al Estado. Con ello la nueva concepción del Ministerio Público queda plasmada en la realidad conforme al modo napoleónico, invocándose intereses económicos del Estado para privarles también de independencia en el ejercicio de las acciones penales<sup>102</sup>.

Con la Ley Orgánica de 1870 se inicia el verdadero periodo de la carrera fiscal, ya como cuerpo orgánicamente definido y, sobre la base de separación de los jueces y los fiscales, reorganiza el autentico estatuto de éstos, al determinarse expresa y articuladamente, las funciones del organismo, su ingreso en el mismo mediante un cuerpo de aspirantes, más las reglas pertinentes para su nombramiento, posesión, ascenso, suspensión, funcionamiento, etc. Todo ello bajo la inspiración de los principios de unidad y dependencia, que quedan ya consagrados como fundamentales en él<sup>103</sup>.

La Ley adicional a la Orgánica (14 de octubre de 1882), dejó sin efecto la proyectada separación estableciendo como única la carrera que incorporaba a jueces y fiscales, pero completó su organización asignando a un Fiscal, con el número de auxiliares necesarios a cada audiencia, y se suprimieron los promotores fiscales que antes intervenían en los juzgados de primera instancia, por lo que hubo de arbitrarse el procedimiento de designar a unos fiscales municipales letrados para la representación y defensa de los intereses encomendados a ellos por las leyes. El cometido fundamental que la Ley Orgánica de 1870 atribuye a los fiscales es velar por la observancia de esta Ley y las demás que se refieren a la organización de los juzgados y tribunales, esto es, velar por la defensa de la

---

<sup>101</sup> Asimismo, con relación a los precedentes legislativos que originan el nombre del Ministerio Fiscal se puede ver obra de **MUÑOZ CALVO**, "La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal", en *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 2149-2176.

<sup>102</sup> V. **CONDE-PUMPIDO FERREIRO**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 32 y 33.

<sup>103</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 33.



legalidad, pero circunscrita a la legalidad de la organización y funcionamiento de los tribunales. Además les encomienda la representación del gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial (art. 763), constituyendo así una prolongación del Ejecutivo en sede jurisdiccional, conforme al modelo napoleónico<sup>104</sup>.

El Real Decreto de 16 de marzo de 1886 priva al Ministerio Fiscal de la representación y defensa de la Hacienda y el Estado como particular, encomendándosele al cuerpo de Abogados del Estado y, centrando así más aquél en la representación de la sociedad y en el ejercicio de la acción pública.

El Estatuto del Ministerio Fiscal (Real Decreto de 21 de junio de 1926), funda la carrera fiscal como independiente de la judicial, aunque manteniendo la asimilación histórica y natural que ambas carreras poseyeron siempre en la legalidad y que aparece en los países que como el de España siguieron el modelo napoleónico<sup>105</sup>.

Caber referir que las constituciones españolas, siguiendo el esquema de las constituciones clásicas, no se habían preocupado de regular la figura del Fiscal. Es la Constitución republicana de 1931, la que por vez primera, en su título VII dedicado a la justicia, dispuso en su artículo 104 que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social; constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia. El silencio sobre el carácter de órgano de representación del Gobierno, la atribución de velar por la legalidad, y el tratamiento de sus garantías en paridad con las judiciales, son las notas características de este primer tratamiento constitucional del Ministerio Público en España, que por otra parte no llegó a tener un reflejo positivo, ni en la legalidad republicana, ni en una reforma del

---

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> El Estatuto de 1926 en su artículo 1 dispone que el Ministerio Fiscal tiene por misión esencial, velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los juzgados y tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y representar al gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.

Ministerio Fiscal que, paradójicamente, continuó rigiéndose por el Estatuto y Reglamento que habían sido obra de la Dictadura de Primo de Rivera<sup>106</sup>.

La Ley Orgánica del Estado de 1967 da un nuevo paso al volver a dar rango Constitucional al tratamiento del Ministerio Fiscal<sup>107</sup>. Hay que anotar como adelanto que la Ley de Bases Orgánica de la Justicia, de 28 de noviembre de 1974, por un lado, subsana la omisión de la Orgánica del Estado, sujetando al Ministerio Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad, y por otro, atribuye el gobierno del Ministerio Fiscal a sus propios órganos, silenciando toda referencia a una dependencia gubernativa, limitada sólo al aspecto político del nombramiento por el Gobierno del Fiscal del Reino de 1978, refiriéndose a aquella Ley de Bases que por primera vez desaparece la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia<sup>108</sup>.

Así pues llegamos a la Constitución de 1978, en cuyo Título VI dedicado al Poder Judicial, se encuentra definido y regulado el Ministerio Fiscal en tres artículos fundamentales: el art. 124 -exclusivo del Ministerio Fiscal- y artículos 126<sup>109</sup> y 127<sup>110</sup>-los cuales están compartidos con jueces y tribunales-.

En desarrollo del artículo 124 de la Constitución se aprueba por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyo artículo 1 reproduce las misiones que el precepto Constitucional le señala, mientras que el segundo, amén de

---

<sup>106</sup> Ibidem; op. cit., pág. 34.

<sup>107</sup> En el título V referente a la justicia, artículo 35, se ocupa del Ministerio Fiscal. Los aspectos más destacados son sustituir el carácter de representante del gobierno por el de órgano de comunicación entre el gobierno y los tribunales de justicia, el silenciar la obligación de actuar imparcialmente y el proclamar como principios de ordenación de los órganos del Ministerio Público, los de unidad y dependencia jerárquica que ya venían rigiendo desde la Ley Orgánica de 1870.

<sup>108</sup> Ibidem; op. cit., págs. 34-35.

<sup>109</sup> El artículo 126 somete la policía judicial a la dependencia de jueces, tribunales y Ministerio Fiscal.

<sup>110</sup> El artículo 127 equipara a jueces, magistrados y fiscales, mientras estuvieren en activo en orden a la prohibición de desempeñar otros cargos públicos o pertenecer a partidos políticos o sindicales, y dispone que la Ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales. En el punto ordena que la Ley establezca el régimen de incompatibilidades de los miembros del Poder Judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos, pareciendo, según algunos que nuevamente se refiere a los jueces, magistrados y fiscales, citados copulativamente en el primer apartado del artículo.

destacar el importante extremo de que el Ministerio Fiscal está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, dispone que corresponde al Ministerio Fiscal esta denominación con carácter exclusivo. Cabe Mencionar que completan el desarrollo unitario y exclusivo del Ministerio Fiscal como órgano del Estado, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 1982, que organiza la Fiscalía del Tribunal de Cuentas como dependiendo funcionalmente del Fiscal General del Estado, y la Ley 4/1987, de 15 de julio, de Organización y Competencia para los fiscales de dicha jurisdicción, así como la LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar que pone a las fiscalías militares bajo la dependencia del Fiscal General del Estado, integrándolas en aquel Ministerio Fiscal único<sup>111</sup>.

### 3.2. México

Las primeras raíces del Ministerio Público en México podemos referirlas en el Cihuacoatl, quien tenía a cargo los asuntos en materia de justicia, a la vez que el mismo auxiliaba al Hueytlatóano quien se encontraba encargado de vigilar la recaudación de los tributos, presidir el tribunal de apelación, aconsejar al Monarca y representarlo en algunas actividades relacionadas con la preservación del orden social y militar. Asimismo el Tlatóani, podemos referirlo también como antecedente del Ministerio Público, ya que representaba a la divinidad, pudiendo disponer de las vidas humanas, acusando y persiguiendo a los delincuentes.

Cabe señalar que en el derecho azteca el Monarca fue la máxima autoridad judicial. Sin embargo, con la colonización dicho derecho fue desplazado por el derecho español, siendo las leyes españolas una mezcla heterogénea de preceptos legales, orientados a establecer los lineamientos del procedimiento penal con un sistema inquisitorial.

---

<sup>111</sup> Ibidem; op. cit., pág. 36. Asimismo, en relación con la evolución del Ministerio Fiscal español y sus precedentes legislativos se puede ver obra de **CONDE PUMPIDO**, “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico...”, op. cit., págs. 843-890.

Posteriormente, se siguió con la tradición de los españoles de integrar la figura del Fiscal dentro de los organismos judiciales, con facultades de acusación en el procedimiento penal, sin el establecimiento de un organismo unitario y jerárquico<sup>112</sup>

En el México independiente observamos en función los Promotores Fiscales. En efecto, en la Constitución de Apatzingán de 1814, se regulo la presencia en el Supremo Tribunal de Justicia, de dos Fiscales (uno para el ámbito civil y otro para el penal). Para la Constitución federal de 1824, se reguló la presencia del Fiscal para formar parte de la Suprema Corte de Justicia. La Ley de 1855 federaliza la promoción del Promotor Fiscal, y en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, se dispone que los tribunales tomaran como base de la averiguación, la consignación hecha por el Fiscal. Desde ahí empezamos a observar la importancia de la intervención del Fiscal en el inicio de la investigación.

Pero es en la Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal, donde se encontraría por primera vez referido como representante del Ministerio Público, al Promotor Fiscal, facultándosele para actuar como parte acusadora, quiéralo o no, la parte ofendida. En esa Ley se establecen tres Procuradores o Promotores Fiscales, sin embargo, éstos carecían de dirección y de unidad, ya que eran independientes entre sí.

El Código de Procedimientos Penales de 1880 para el Distrito Federal, es un elemento importante para la institución del Ministerio Público, ya que en él se le considera una magistratura instituida para expedir y auxiliar la pronta administración de justicia en representación de la sociedad. Pero a esta institución del Ministerio Público sólo se le consideró como auxiliar de la administración de justicia, dado que los jueces del ramo penal y otros previstos por el Código Penal, al ser facultados como policía judicial, quedaban constituidos en Juez y parte.

---

<sup>112</sup> Esto lo podemos apreciar en el Decreto Constitucional de 1814 llamado “Para Libertad de la América Mexicana”, la Constitución de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843, y los Proyectos de 1842.

En 1903 por primera vez se regula la Ley Orgánica del Ministerio Público, y en ella ya no se le considera como un mero auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio con injerencia en todo asunto que afecte el interés público, siendo representante también de los incapacitados.

En el fuero federal el Ministerio Público es considerado en la Ley y su Reglamento expedido en 1908, como una institución auxiliar de la administración de justicia. Con la Constitución Política de 1917, dicha institución se federaliza adquiriendo características propias, regulándose en su artículo 21, que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, monopolizándose así el ejercicio de la acción penal.

Por Decreto de 1931, se establecen las delegaciones del Ministerio Público que se encargarían de la persecución de delitos. La Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 1934, regula como funciones primordiales vigilar que las autoridades del orden federal y común cumplan con los preceptos de la Constitución federal.

En 1983 se expedirían las nuevas leyes que rigen al Ministerio Público del fuero federal y común con sus respectivos reglamentos internos. Aunque las bases primordiales de su actuación, organización y funciones, se encuentran reguladas por los artículos 21 y 102 Constitucionales.

Así pues el Ministerio Público se convierte en una institución que representa los intereses de la sociedad, siendo a su vez su tarea bastante complicada, ya que por un lado tiene que investigar los delitos, realizando las diligencias necesarias para la comprobación del cuerpo del delito y probable responsabilidad, y ejercitar, o no, la acción penal y, por otro lado tiene que respetar y salvaguardar los derechos que la Ley suprema otorga al acusado, amén de vigilar el cumplimiento de la Ley por parte de otras autoridades, y así evitar actos arbitrarios por parte de las mismas.

#### **4. El Ministerio Fiscal o Público y su intervención en los asuntos criminales instruidos en contra de menores**

##### **4.1. Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme a distintos derechos**

Antes de empezar a desarrollar esta parte queremos aclarar que al examinar los lugares referidos, nos ha sido imposible por falta de datos, mantener la continuidad temporal o la secuencia histórica de sus épocas como hubiéramos deseado, por lo que no debe extrañarse que se pase bruscamente de tiempos remotos a etapas más recientes.

Así pues de acuerdo a diversa documentación examinada, se ha encontrado que a lo largo de la historia, con relación al procedimiento que se instauraba en contra de los menores, este era similar al ejecutado en contra de los adultos, y sólo, excepcionalmente, dichos menores tenían algún tipo de exención<sup>113</sup>. En ese sentido se dice que desde los antiguos tiempos el menor ha sido tratado de modo diferente al adulto, sólo en lo que concierne a la penalidad que se le aplicaba<sup>114</sup>.

De tal forma el antiguo derecho romano, en la Ley de las XII Tablas, se distinguía a los delincuentes según su edad, sancionándolos con diferentes penas. Si se trataba de menores o impúberes, la pena capital era sustituida por una corrección al arbitrio del Pretor, amén de la reparación del daño causado. En el derecho romano justiniano se distinguieron

---

<sup>113</sup> En los pueblos de la antigüedad, la condición jurídica del menor que cometiera una infracción penal, es difícil de conocer, ya que nos encontramos con la ausencia de fuentes que nos puedan informar sobre la misma, y sólo con los pocos textos que se tienen hasta la actualidad, se puede deducir que no existía un sistema de justicia juvenil, es decir, que no había una diferencia de tratamiento entre el menor y el adulto. Cfr. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor*, Editorial Aranzadi, S.A., 2002, pág. 28.

<sup>114</sup> Sin embargo, se ha observado que existieron lugares en los que en sus legislaciones no distinguían para los efectos penales entre menores y mayores. Así por ejemplo el Código de Hammurabi no establecía en sus disposiciones un régimen de excepción para los menores. Siria y Persia tampoco establecieron tal distinción y hasta los hijos de los delincuentes quedaban sujetos a los suplicios y a las penas de muerte. En Egipto los hijos de los delincuentes acompañaban a sus padres a sufrir el trabajo. Cfr. **PÉREZ VITORIA**, *La minoría penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940, pág. 14.

tres periodos en la edad; el primero llamado de la infancia en el que había irresponsabilidad absoluta hasta los siete años y el próximo a la infancia (*infantiae proximi*) hasta los diez años y medio en el varón, y nueve años y medio en la mujer, en que el “*infans*” no podía hablar aún, ni era capaz de pensamiento criminal: “*qui doli capax non est*”; el segundo cerca de la pubertad, hasta los doce años en la mujer, y catorce años en el hombre, en el que el menor no podía aún engendrar, pero en el cual la capacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia: “*malitia supplet aeta tem*”, pudiendo ser el impúber castigado; y el tercero denominado de minoridad y que abarcaba la pubertad hasta los dieciocho años, extendido después hasta los veinticinco años, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores, estableciéndose sólo diferencias en la naturaleza y en la cantidad de la pena. Según el antiguo criterio de los romanos, el “*infans*” era literalmente, aquel “*qui non fari potest*”, esto es, el que no podía hablar. Como se ha dicho en la época de Justiniano, la infancia terminaba a los siete años y la impubertad a los catorce, pero “*fari*” significó entonces pronunciar palabras cuyo sentido no se entendía y no como antes, que era no hablar<sup>115</sup>.

En el derecho griego los menores en todos los delitos gozaban de atenuaciones o prerrogativas por su condición de menor, aunque si cometía el delito de homicidio no se atenuaba la penalidad<sup>116</sup>.

En el derecho medieval, durante la Edad Media los glosadores sostuvieron que los delitos cometidos por los menores no debían sancionarse, sino hasta cuando éstos llegaran a la mayoría de edad. En efecto, en la Edad Media el derecho penal germánico tiene un carácter esencialmente civil, a base de la venganza y la “*compositio*”. El criminal debía indemnizar a su víctima o a sus parientes. Por su parte, el Príncipe, como representante del Estado, reclamaba el pago del “*Fredus*” el cual no era obligatorio para los menores de doce

---

<sup>115</sup> Cfr. **HERNÁNDEZ PALACIOS**, *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1970, pág. 18; **MENDOZA**, *La protección y el tratamiento de los menores*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1960, pág. 1; y **SABATER TOMAS**, *Los delincuentes jóvenes*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, 1967, págs. 39-40

<sup>116</sup> V. **SOLÍS QUIROGA**, *Justicia de menores*, Editorial Porrúa, México, 1986, pág. 5

años, por considerarse que éstos no tenían la intención de atentar contra los derechos de la comunidad nacional, ni perturbar la paz pública<sup>117</sup>. Por lo tanto, en el derecho medieval, los menores durante los primeros años de edad eran impunes, aún cuando las leyes no lo establecían, ya que existía el criterio de que éstos no podían realizar ciertos hechos, tales como la falsedad, violación, raptó y adulterio<sup>118</sup>.

De acuerdo al viejo código sajón “La Carolina”, los germanos no podían imponer al delincuente ciertas penas, como la de muerte u otras penas graves, disponiéndose que en los casos en que a causa de juventud u otro defecto, el delincuente no se percatara de lo que hacía, se pasaba al arbitrio de los peritos en derecho. En el derecho germánico se admitía la irresponsabilidad absoluta hasta los doce años<sup>119</sup>.

El derecho noruego estableció una excepción en caso de homicidio, ésta consideraba que el muerto pide venganza de su matador, por lo que si el menor era culpable este era entregado a la familia ofendida, si es que en el plazo de un año, no se le había hecho abandonar el país. Las penas de muerte y mutilación no se aplicaban en ningún caso a los niños, y en su lugar se les imponían castigos relacionados con la piel y pelo, pago de monedas, u otros castigos dictados por el Juez. En el derecho nórdico, las Grajas de Islandia establecieron que si un menor de doce años cometía el delito de homicidio, no podía ser “privado de la paz”<sup>120</sup>.

En el derecho penal germánico y nórdico no se hacía la distinción tripartita del derecho romano. Consideraba mayor de edad penal al joven capaz de empuñar las armas, y

---

<sup>117</sup> V. **MENDOZA**, *La protección y el tratamiento de los menores...*, op. cit., pág. 2, y **SABATER TOMAS**, *Los delincuentes jóvenes...*, op. cit., pág. 40.

<sup>118</sup> Cfr. **HERNÁNDEZ PALACIOS**, *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores...*, op. cit., pág. 18; y **MENDOZA**, *La protección y el tratamiento de los menores...*, op. cit., pág. 2.

<sup>119</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal,” en *Alegatos*, No. 33, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996, pág. 315; y **HERNÁNDEZ PALACIOS**, *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores...*, op. cit., pág. 18.

<sup>120</sup> Cfr. **SABATER TOMAS**, *Los delincuentes jóvenes...*, op. cit., págs. 40-41.



fijaba como límite de edad los doce años para los sajones, catorce para los suavos, y trece para los visigodos y los borgoñeses<sup>121</sup>.

En el derecho francés, San Luis Rey expide una ordenanza en 1268, en la que se considera a los menores de diez años como irresponsables de los delitos que cometen, pero desde esa edad hasta los catorce años debe dárseles una reprimenda o azotes. A partir de los catorce años quedaban sujetos a las penas comunes<sup>122</sup>. En el siglo XVI, el Rey Francisco I, excluye de responsabilidad a todos los menores de edad y se establece un criterio proteccionista<sup>123</sup>.

El derecho canónico reconoció la irresponsabilidad del “infans” hasta los siete años, y de esta edad hasta los catorce años se aplicaba una pena disminuida, admitiéndose su responsabilidad<sup>124</sup>. Para algunos autores en el segundo periodo del derecho canónico el problema de la responsabilidad dividió a los canonistas, porque unos sustentaban la tesis de que el menor era responsable si obraba con discernimiento, y otros defendían la inimputabilidad, aunque castigándola en forma atenuada<sup>125</sup>.

Lo expuesto en los párrafos anteriores, nos ayuda a ejemplificar que en algunos lugares, el menor era de cierta manera considerado, al aplicárseles penas mínimas, y éstas, de acuerdo a los antecedentes referidos y a la documentación consultada, eran impuestas por el Monarca o los auxiliares designados por los mismos, como pudieran ser los jueces o algunas de las figuras que referimos como antecesores del Ministerio Fiscal o Público, haciendo hincapié que con relación al procedimiento que se les instauraba a estos menores, el mismo era similar que el instaurado en contra de los adultos.

---

<sup>121</sup> Ibidem; op. cit., pág. 41.

<sup>122</sup> Cfr. **LEÓN REY**, *Los menores ante el Código Penal colombiano*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939, pág. 10.

<sup>123</sup> **PÉREZ VITORIA**, *La minoría penal...*, op. cit., pág. 23.

<sup>124</sup> Cfr. **HERNÁNDEZ PALACIOS**, *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores...*, op. cit., pág. 18, y **MENDOZA**, *La protección y el tratamiento de los menores...*, op. cit., pág. 2.

<sup>125</sup> Cfr. **BAIZ**, “Menores delincuentes”, *La Nación*, Caracas, Venezuela, 1944, pág. 16.

#### 4.2. Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme al derecho español

En el derecho español, en “Las Partidas”, se hizo una distinción entre los delitos de lujuria y los demás. La Ley 4, Tit. 19, Part. VI, establecía que el menor de catorce años, “non podría ser acusado del yerro de adulterio nin de otro de lujuria, porque non cae a un tal pecado en el”. La Ley 9, Tit. 1, Part. VII, disponía que si el menor de catorce años cometiese otro delito como si hiriese, matase, hurtase u otro hecho semejante de éstos, y fuese mayor de diez años y medio y menor de catorce años, no se le podía acusar, más si el hecho se probara, no se le debía dar gran pena como se haría con un mayor de edad, sino una pena corporal muy leve; y si fuere menor de diez años y medio, ninguna acusación procedería por “yerro que hiciese”. Acerca de la edad y los delitos de lujuria regulados por la Ley de Partidas del siglo XIII, los glosadores hacen muy curiosos comentarios, al considerar que si cesase la presunción de que antes de los catorce años fuere el niño púber, debería ser castigado<sup>126</sup>.

Cabe señalar que los menores eran sometidos también a la inquisición, juzgados por el Inquisidor, y si se les consideraba culpables de los hechos imputados, y su condena consistía en privación de la libertad, se les internaba en los mismos establecimientos que a los adultos, o se les sometía a régimen de aislamiento.

Alrededor del siglo XIV, encontramos al “Padre de Huérfanos” quien fue uno de los primeros en ocuparse de los asuntos de menores. Éste fue una figura revestida de autoridad que poseía jurisdicción propia. Tuvo funciones de carácter asistencial (auxiliaba a sujetos con carencias y necesidades de asistencia) y represivo (enjuiciaba y sancionaba a menores autores de delitos ó sujetos en estado peligroso), las cuales ejerció con plena discrecionalidad, adoptando las previsiones que creyera necesarias, amén de que tuvo la

---

<sup>126</sup> Cfr. **MENDOZA**, *La protección y el tratamiento de los menores...*, op. cit., pág. 2; y **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 10.

obligación de perseguir de oficio los asuntos de su competencia<sup>127</sup>. Para el desempeño de sus actuaciones, contaba con ayudantes, y en caso de que tuviera dudas respecto a la aplicación de la justicia, consultaba a los Abogados y Procuradores de la Ciudad, quienes le asistían y defendían en caso necesario. Con ello se puede deducir que, en efecto, se aplicaba el sistema inquisitorio, ya que éste (El Padre de Huérfanos) actuó como especie de Juez en los asuntos de menores, no existiendo, por mucho tiempo, otra institución o figura que interviniera de forma directa en los mismos, como pudiera ser la del Ministerio Fiscal, institución que aparecerá finalmente legislada muchos años más tarde como lo referiremos más adelante.

En 1573 es fundada en Salamanca una asociación con el fin de proteger a los niños delincuentes, siendo esta precursora de otras sociedades y cofradías que tenían los mismos fines<sup>128</sup>.

En 1600 Felipe V dicta una pragmática en que atenuaba la penalidad a los menores delincuentes de quince a diecisiete años<sup>129</sup>.

En 1805 con la Novísima Recopilación se ordena que si el delincuente es mayor de quince años pero menor de diecisiete, no se le impondrá pena de muerte sino otra diferente, atenuándose las penas para los menores de doce a veinte años<sup>130</sup>.

En el Código Penal Español de 1822 se declara la irresponsabilidad de los menores hasta los siete años de edad; debiéndose investigar a los menores inculcados entre los siete y diecisiete años el grado de discernimiento, por lo que si habían obrado sin el, eran devueltos a sus padres, aplicándoseles en caso contrario una pena atenuada<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> Cfr. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor...*, op. cit., pág. 35.

<sup>128</sup> **V. BUGALLO SÁNCHEZ**, *Los reformatorios de niños*, Editorial Castro S.A., Madrid, s/f, pág. 22 y ss.

<sup>129</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., págs. 11-12.

<sup>130</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 12.

<sup>131</sup> Cfr. **PÉREZ VITORIA**, *La minoría penal...*, op. cit., págs. 24-29.

En 1834 la Ordenanza de Presidios manda tener a los jóvenes separados de los adultos<sup>132</sup>. Aunque en 1893 los menores son enviados nuevamente a la cárcel junto con los mayores de edad<sup>133</sup>.

El Código Penal de 1848 señala como edad límite de la absoluta responsabilidad de los menores, los nueve años, reduciendo la edad entre los nueve y quince años para investigarse el discernimiento<sup>134</sup>. El Código Penal Español de 1870 conservó iguales disposiciones, complementándolas en el sentido de que en caso de haber obrado el menor de nueve a quince años sin discernimiento, la familia lo vigilaría, y en su defecto se internaría al menor en un establecimiento de beneficencia u orfanatorio<sup>135</sup>.

En 1883 se expide una Ley estableciendo reformatorios en los que se brinda una educación paternal<sup>136</sup>, y en 1888 se crea el Reformatorio de Alcalá de Henares, para jóvenes delincuentes. En 1890 se crea el Asilo Toribio Durán para menores rebeldes depravados y delincuentes<sup>137</sup>.

En 1918 se expide un Decreto Ley que crea los Tribunales para Menores que fue modificado en los años de 1925, 1929 y 1931<sup>138</sup>; de lo cual hablaremos a continuación.

En efecto, la Ley de 25 de noviembre de 1918 crea los primeros tribunales para menores<sup>139</sup>, apareciendo el 10 de julio de 1919, el primer reglamento provisional que la desarrolló, siendo sustituido por el autodenominado “definitivo” de 6 de abril de 1922. Esta Ley de 1918 precisa en su artículo 1 que se organizará un tribunal especial para niños,

---

<sup>132</sup> **LÓPEZ RIOCEREZO**, *Delincuencia juvenil*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1960, págs. 69 y ss.

<sup>133</sup> **GÓMEZ MESA**, *Organización y funcionamiento de un Tribunal Tutelar de Menores*, Editorial Baillo Bailliere, S.A., Madrid, 1935, pág. 17.

<sup>134</sup> **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., págs. 12-13.

<sup>135</sup> Cfr. **PÉREZ VITORIA**, *La minoría penal...*, op. cit., págs. 24-29.

<sup>136</sup> **BUGALLO SÁNCHEZ**, *Los reformatorios de niños...*, op. cit., págs. 21-27.

<sup>137</sup> **LÓPEZ RIOCEREZO**, *Delincuencia juvenil...*, op. cit., págs. 69 y ss.

<sup>138</sup> **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., págs. 13-14.

<sup>139</sup> Por iniciativa del Senador Montero-Ríos y Villegas, la Ley de Bases de Agosto de 1918, abrió camino a la promulgación de la Ley Reguladora de la Organización y Atribuciones de los Tribunales para Niños.

especialidad que se reflejaba en su organización, competencia y procedimiento<sup>140</sup>. La competencia de estos tribunales según el artículo 3 de la Ley referida, se extendía al conocimiento de todos los delitos y faltas cometidos por los menores de quince años. Competencia que tratándose de mayores de dicha edad se limitaba a determinados supuestos, como por ejemplo, para juzgar a padres de familia que abandonan a sus hijos al no darles la educación debida; a los tutores o encargados de menores de quince años que desobedecían los preceptos sobre la educación primaria obligatoria o abandonasen el cuidado de la persona del menor; a los padres o tutores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueran detenidos por estar mendigando, vagando o pernoctando en parajes públicos, etc.<sup>141</sup>.

En los procedimientos para enjuiciar a los menores de quince años, el tribunal no se sometía a las reglas procesales vigentes, y sólo se limitaba su sustanciación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que habrían de fundamentarse las resoluciones adoptadas. Las sesiones se celebraban en local aparte o a horas distintas de aquellas en que tuvieran lugar los actos judiciales, procurándose que carecieran de toda solemnidad. A las decisiones que se tomaban se les daba el nombre de acuerdos. Con esto se trata de subrayar la diferencia de situación y condiciones entre el menor y el adulto, prescindiendo de toda formalidad externa y de todo simbolismo, prohibiéndose todo tipo de publicidad al entenderse que esta daña a los menores. A las sesiones, no asistía el Ministerio Fiscal ni Letrado Defensor, ya que se afirmaba que el menor no necesita de Letrado Defensor porque tiene a éste en el mismo tribunal, quien resuelve lo que más le conviene<sup>142</sup>.

Esta Ley de 25 de noviembre de 1918 se reformaría por el Real Decreto-Ley de 15 de Julio de 1925, con la finalidad de contribuir al perfeccionamiento de los organismos tuitivos de la infancia que ésta había creado. Dentro de las reformas más relevantes se

---

<sup>140</sup> Cfr. **ALBO y MARTÍ**, *Los tribunales para niños. El tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, Talleres Tipográficos de la Hormiga de Oro, Barcelona, 1922, pág. 146.

<sup>141</sup> Cfr. **LANDROVE DIAZ**, *Derecho penal de menores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág.63.

<sup>142</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 64

encuentra la ampliación de la competencia de los tribunales ya nombrados tutelares, por razón de la edad hasta los dieciséis años, frente a los quince establecidos por el Código Penal, ya que como se justifica en la Exposición de Motivos de la misma, los tribunales no estaban llamados a definir el castigo que haya de aplicarse a un menor enjuiciado, por una acción u omisión calificada de delito o falta en el Código, sino a proporcionar el adecuado remedio al proceso morboso psicofisiológico de un ser desvalido o de un enfermo física o moralmente, no siendo la función de tales tribunales de signo punitivo, sino de carácter educativo<sup>143</sup>.

Posteriormente, el Código Penal de 1928 establecería la minoría de edad a los dieciséis años y la irresponsabilidad total hasta los nueve años, sosteniendo el viejo criterio del discernimiento desde los nueve a los dieciséis años<sup>144</sup>. La promulgación del Código Penal de 1928 y su entrada en vigor el 1 de enero de 1929, hizo necesaria la inmediata adaptación de la normativa reguladora de los Tribunales Tutelares para Niños a las disposiciones de dicho cuerpo legal, y es que el Real Decreto-Ley de 15 de julio de 1925 contenía expresas concordancias con el derogado Código de 1870, y con algunas leyes especiales incorporadas al nuevo Texto<sup>145</sup>.

En 1929 se expide el Real Decreto sobre Tribunales de Menores que sería convalidado en el año de 1931<sup>146</sup>. Para esto el Real Decreto-Ley de 3 de febrero de 1929 no se limitó a una simple armonización en este ámbito, y por el contrario abordó una notable ampliación de la competencia correctora de los ya denominados Tribunales Tutelares de Menores, atrayendo al articulado de la Ley determinados preceptos de naturaleza reglamentaria hasta entonces, por entenderse de carácter fundamental y definidores de las características esenciales de tales instituciones. Asimismo, las medidas que podía adoptar el

---

<sup>143</sup> Ibidem; op. cit; pág. 66

<sup>144</sup> GÓMEZ MESA, *Organización y funcionamiento de un Tribunal Tutelar de Menores...*, op. cit., pág. 17.

<sup>145</sup> Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 67.

<sup>146</sup> V. RAGGI y AGEO, *Criminalidad juvenil y defensa social*, Tomo I, Editorial Cultura. S.A. Habana, 1937, pág. 41 y ss. Con el advenimiento de la República, los Decretos de 16 y 30 de junio de 1931, introdujeron ciertas modificaciones en la normativa de 3 de febrero de 1929.

tribunal se especificaron separadamente de cada una de las tres funciones de corrección de menores, facultad protectora y enjuiciamiento de mayores de dieciséis años<sup>147</sup>.

En los procedimientos para corregir y proteger a menores, las sesiones de los tribunales no eran públicas y no se sujetaban a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, limitándose la tramitación a lo indispensable para puntualizar los hechos en que habrían de fundamentarse las resoluciones, haciéndose mención concreta en éstas de las medidas adoptadas. Los hechos calificados de delitos o faltas en el Código Penal o en leyes especiales que se atribuyeran a los menores de dieciséis años, eran apreciados por los tribunales con razonada libertad de criterio, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores los hubieran ejecutado, y prescindiendo en absoluto del concepto y alcance jurídico con que, a los efectos de la respectiva responsabilidad, se calificaren tales hechos como constitutivos de delitos o faltas<sup>148</sup>.

Con el Código Penal de 1932 se establecería la irresponsabilidad de los menores hasta los dieciséis años y, eliminando el criterio del discernimiento, se establecieron atenuaciones por el sólo efecto de la edad entre los dieciséis a dieciocho años. Esto es, hasta los dieciséis no importaba el alcance jurídico del acto cometido, por lo que sólo el criterio protector privaba en las etapas anteriores a dicha edad<sup>149</sup>. En desarrollo de la Ley de Bases de 26 de agosto de 1932, el Decreto de 2 de diciembre del mismo año articuló (para ensayo en Madrid), un sistema de Juez único y retribuido para el Tribunal Tutelar de Menores<sup>150</sup>.

Ya avanzada la década de los cuarenta, la diversidad de disposiciones que regulaban el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar las infracciones cometidas por los menores de dieciséis años, aconsejaron la procedencia de su sistematización y también la armonización de dicha normativa con las previsiones del

---

<sup>147</sup> Cfr. **LANDROVE DIAZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 68.

<sup>148</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 71.

<sup>149</sup> Cfr. **PÉREZ VITORIA**, *La minoría penal...*, op. cit., págs. 24-29.

<sup>150</sup> Cfr. **LANDROVE DIAZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 73.

Código Penal franquista de 1944, en orden al castigo de las faltas cometidas por dichos menores. Para esto se elabora el Texto refundido de 1948 en el que se incorporan una serie de disposiciones precisas para el mejor cumplimiento de la misión que a los tribunales tutelares de menores se encomendaba. Así el Decreto de 11 de junio de 1948 aprobó el Texto refundido de la legislación sobre protección de menores, normativa actualizadora que tampoco supuso modificaciones de cierto alcance en la organización de la protección del menor en su conjunto<sup>151</sup>. Pero de esta Ley nos encargaremos más adelante.

Como se observa, en un principio el tratamiento de los menores infractores en España con relación a la responsabilidad y penalidad de que eran objeto los adultos, sólo se diferenciaban por las edades y su atenuación en la pena. Sin embargo, respecto al procedimiento que se les instauraba éste llegó a ser el mismo hasta en la época de la Inquisición. A pesar de la creación de los Tribunales Tutelares para Menores (1918), con los que se supone deberían recibir un trato especializado, los tribunales pasaban de las reglas procesales ya vigentes, amén de que los actos judiciales carecían de toda solemnidad, privándoseles de la asistencia de un órgano acusador o instructor como el Ministerio Fiscal o en su caso Juez de Instrucción, o bien de ser asistido por Letrado Defensor, ya que se consideraba innecesario pues el tribunal actuaba en defensa e interés del menor; además de que se sometía a la jurisdicción de dichos tribunales a menores que sin haber cometido falta o delito, éstos se encontraban en situación de desamparo u otras. De esa manera dichos tribunales realizaban a su vez funciones de corrección, protección y enjuiciamiento.

En efecto, con todas estas Decretos-Ley que se crearon supuestamente para favorecer la situación del menor infractor, cuya intención fue diferenciar el procedimiento que se les instruyera con relación al instruido a los adultos y darles un trato mas considerado, lejos de ello, se les situó en una posición contraproducente al privárseles del reconocimiento de derechos que eran reconocidos a los adultos.

---

<sup>151</sup> Ibidem; op. cit., pág. 77.



### 4.3. Tratamiento de los menores infractores a través de la historia conforme al derecho mexicano

En el derecho maya se aplicaron penas severas a los menores<sup>152</sup>. Dichas penas eran corporales y se justificaban con pensarse que tales medidas eran formativas y que esos castigos darían mejores resultados. Así pues el sistema educativo descansaba en correcciones traducidas en golpes, pensándose que de esta forma se escarmentaba y se garantizaba la educación de los menores.

En el derecho azteca la responsabilidad penal se iniciaba a los diez años, aunque entre esa edad y los quince años las penas eran atenuadas, existiendo tribunales para menores<sup>153</sup>.

Durante la Colonia los menores de diez años se consideraron irresponsables, y a los menores mayores de diez años pero menores de diecisiete, se les aplicaron penas más benignas<sup>154</sup>.

A principios del siglo XVIII, en México aún no había un derecho especial para menores, es decir, no eran materia para dictarse normas específicas. Si un menor infringía los códigos penales, sólo se consideraba la posibilidad de aplicársele una pena menor de la que recibiría si fuera mayor de edad. Situación que era similar en la mayor parte del mundo<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> AZZOLINI BINCAZ, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317.

<sup>153</sup> Cfr. AZZOLINI BINCAZ, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317, y RODRÍGUEZ MANZANERA, *Criminalidad de menores*, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 5.

<sup>154</sup> Cfr. AZZOLINI BINCAZ, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317.

<sup>155</sup> Cfr. AZAOLA, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1990, págs. 45-46.

El presidente José Joaquín de Herrera (1848-1851), fundó la Casa de Tecpan de Santiago, conocida también como Colegio Correccional de San Antonio, institución exclusiva para delincuentes menores de dieciséis años, sentenciados o procesados, con un régimen de tipo cartujo (aislamiento nocturno, trabajo en común con regla de silencio) y con separación de sexos<sup>156</sup>. En la presidencia de Benito Juárez (1859-1861), al suprimirse las órdenes monásticas, separarse el Estado y la iglesia, nacionalizarse los bienes eclesiásticos, y secularizarse los establecimientos de beneficencia, el gobierno, se hizo cargo de los orfanatorios y hospicios<sup>157</sup>.

En un gran esfuerzo se ordenó que toda persona entre siete y dieciocho años de edad fuera alfabetizada, y se giraron instrucciones para que se detuvieran y enviarán a los planteles educativos, a todos los niños de seis a doce años que se encontraran vagando en las calles; medida de un indudable valor preventivo. Un antecedente legislativo importante es que en el Código Penal mexicano en materia federal de 1871, en el artículo 34 se decreta que dentro de las circunstancias excluyentes de responsabilidad criminal, por la infracción de las leyes penales, se encuentran: ser menor de nueve años; ser mayor de nueve años y menor de catorce al cometer el delito, si el acusador no prueba que el acusado obró con el discernimiento necesario para conocer la ilicitud de la infracción. Para el menor entre catorce y dieciocho años, que era cuando se alcanzaba la mayoría de edad, se preveía una pena disminuida. Por su parte, el artículo 157 de dicho código ordena la reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional, para los casos de minoridad y no discernimiento. Para cumplir lo anterior, se forman las casas de corrección de menores (una para varones y una para mujeres), transformándose en 1880 la vieja Escuela de Tecpan de Santiago, en la Escuela Industrial de Huérfanos<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., págs. 27-28.

<sup>157</sup> *Ibidem*; págs. 27-28.

<sup>158</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317; **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., págs. 27-28; y **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 29.

Entre 1920 y 1930, la mayoría de los países ya contaban con legislaciones que establecían procedimientos e instituciones específicas para los menores infractores. México no fue la excepción<sup>159</sup>.

El proyecto de reforma a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal de 1920, propone la creación de un tribunal protector del hogar y la infancia, para cumplir con el espíritu de la Ley de Relaciones familiares. En efecto, se propone un tribunal colegiado con la intervención del Ministerio Público en el proceso, sosteniéndose el criterio de la protección de la infancia y la familia, mediante sus atribuciones civiles y penales, en las cuales se consideraba el proceso y la formal prisión, pero dictándose medidas preventivas<sup>160</sup>.

Para 1923 se crea el primer tribunal para menores en San Luis Potosí, y en 1926 se crea el tribunal para menores en el Distrito Federal, empezando a funcionar en 1927; de ahí se conjunta un sistema con legislación propia, infraestructura, y personal con características especiales. Los tribunales para menores que hasta entonces dependían del gobierno del Distrito Federal, pasaron a depender desde 1934 del gobierno federal, en particular de la Secretaría de Gobernación<sup>161</sup>. En el año de 1942, en el Distrito Federal, por ejemplo, la reforma y adaptación de los menores infractores era tarea del Departamento de Prevención Social, a través de los tribunales de menores e instituciones auxiliares que en ese entonces eran las casas-hogares, escuelas correccionales, escuelas industriales, y escuelas de orientación para varones y mujeres<sup>162</sup>.

Cabe señalar que al reformarse la legislación penal queda el menor protegido gracias al Reglamento de 1926, creándose el primer tribunal para menores, fortalecido por la Ley de 1928, que excluye del Código Penal a los menores de quince años, y da al

---

<sup>159</sup> Cfr. **AZAOLA**, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op. cit., pág. 46.

<sup>160</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 31

<sup>161</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317; y **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 32.

<sup>162</sup> Cfr. **BEDOLLA**, “El procedimiento vigente ante los Tribunales de Menores en el Distrito Federal”, en *Criminalia*, Año VIII, México, Septiembre, 1942, pág. 6.

tribunal su forma colegiada y tripartita que conservan los Consejos Tutelares de menores, sin embargo, en 1929 se promulga el nuevo Código Penal, en el que se declara al menor socialmente responsable, con la finalidad de poderlo sujetar a un tratamiento educativo, a cargo del tribunal para menores, conservándose así la tendencia de la Ley de 1928 que creó dicha institución. Asimismo, en la Ley procesal, se concede a los jueces de menores, libertad en el procedimiento pero con la salvedad de que se sujeten a las normas constitucionales en cuanto a detención, formal prisión, intervención del Ministerio Público, libertad caucional, etc. Pero posteriormente se iniciarán los trabajos de revisión de dicho código, existiendo división de opiniones, entre ellas, la de la intervención del Ministerio Público en los asuntos de menores, para finalmente excluirla de los mismos.

Gracias a la implementación de dichos tribunales e instituciones, los menores de edad quedan fuera de los tribunales para adultos y también de sus prisiones. Los antiguos internados correccionales que estaban en manos de órdenes religiosas y patronatos de beneficencia, fueron incorporándose a la esfera pública, pasando a formar parte de los aparatos del Estado. Lo que venía haciéndose en esos internados bajo el nombre de protección, pasó a convertirse en un procedimiento oficial, dentro del ámbito de impartición de justicia<sup>163</sup>.

En el orden normativo hay básicamente dos grandes cambios que resaltan como constitutivos de los asuntos de menores infractores en el siglo XIX. El primero es el que corresponde a la fundación de los tribunales para menores realizada en el plano nacional entre los años 1920 y 1940; el segundo es el que los sustituye por los Consejos Tutelares en la década de los setenta. En cuanto al primero se trata sobre todo de justificar la necesidad de crear una justicia especial para menores. En ese sentido puede considerarse este momento como el que instituye el campo, el que lo funda. Esta fundación se sustenta en un discurso que, de manera especial, insiste en que los tribunales y prisiones ordinarios no son lugar idóneo para los menores, por lo que se necesita crear instancias propias, adecuadas a su condición de minoridad. De entonces para acá se observa el incremento y la complejidad

---

<sup>163</sup> Cfr. AZAOLA, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op., cit., pág. 46.

creciente de los aparatos e instituciones encargados de impartir y administrar justicia a los menores. El segundo momento, redefine el campo, y es producido con el cambio de los tribunales por los Consejos Tutelares, cambio que caracteriza la administración de justicia de menores hasta nuestros días. Este giro más nominal que real pretende haber abandonado el derecho penal, habiendo sustraído a los menores para incorporarlos a lo que se denomina derecho tutelar, en el cual ya no se habla de pena sino de tratamiento, no de regeneración sino de readaptación social, no de reclusión sino de internamiento, no de liberación sino de externación<sup>164</sup>.

A pesar de que se crearon tribunales e instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores, que ayudaron a que éstos quedaran fuera de los tribunales que juzgaban a los adultos y de ingresarlos a las prisiones en las que se les recluía, en éstos se omitió contemplar la figura del Ministerio Público o alguna otra similar, ya que a partir de finales de la década de los veintes, el menor es sustraído del derecho penal para incorporarlo al derecho tutelar, en el cual por ser su objetivo su protección, no se requiere de mas instituciones que la de un Consejero que se encargará de realizar las diligencias pertinentes para su beneficio.

Se considera que detrás de los cambios, en el lenguaje se encuentra una concepción que intenta ocultar en el discurso, el castigo, que tiende a promover la imagen de un Estado protector, aún cuando en la práctica oscila entre un modelo penal y uno asistencial. En el nivel discursivo, el acento en los Consejos Tutelares está dado por una concepción no punitiva, cuya intención es justificar la actuación del Estado sobre los menores con argumentos técnicos y científicos, que no por serlo en alguna medida, al menos dejarían de ser, al mismo tiempo, razones de poder<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Ibidem; op. cit., págs. 46-47.

<sup>165</sup> Ibidem; op. cit., pág. 47.

#### 4.4. Precedentes legislativos del Ministerio Fiscal en materia de menores infractores en España

Analizando las diversas legislaciones de España que empezaron a regular la conducta de los menores, dentro de las cuales pudiéramos encontrar los antecedentes de la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal, y la regulación de su participación como tal en los procesos instruidos en contra de menores, consideramos como las más significativas, la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948 (LTTM), y La Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores (LORCPJM)<sup>166</sup>.

La LTTM es considerada como la base fundamental del ordenamiento actual procesal de menores. Se trata de una Ley de carácter especial y naturaleza cuasi-administrativa. Organiza al personal del tribunal de la siguiente manera: Presidente, vicepresidente, secretario, dos vocales propietarios y dos suplentes, y jueces<sup>167</sup>. En aquél entonces se pensaba que nadie podía defender y proteger mejor al menor que el propio Juez, por lo que la presencia de algún Abogado o cualquier otro Defensor del menor en el proceso, es rechazada<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> Sobre precedentes legislativos en materia de menores infractores y su protección ver **CARMONA SALGADO**, *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de Enero*, Universidad de Granada, Granada, 2001, págs. 107-126; **DIEGO ESPUNY**, “La intervención con menores infractores”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Cuenca, 2000, págs. 55-82; **FERNÁNDEZ ESPINAR**, “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco de respeto a los principios y garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 2, 1993, págs. 353-375; y **SOBRÓN OSTOS**, “La protección del menor en el proceso penal”, en *Actuaciones del Juzgado de Guardia en relación con los derechos fundamentales*, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, Madrid, 2001, págs. 157-208.

<sup>167</sup> **PÉREZ MARTELL**, *El Proceso del menor...*, op. cit., pág. 43.

<sup>168</sup> Cabe señalar que dicho ordenamiento legal le daba a la figura del Juez un carácter paternalista-protector, al igual que era quien iniciaba, investigaba y decidía los asuntos (situación un tanto inquisitiva), lo cual se consideró con el tiempo perjudicial para el menor, amén de que se relacionaba al menor delincuente con el abandonado y desamparado, existiendo una confusión entre los aspectos de reforma y protección en el momento de la aplicación de tal Ley, criminalizándose así situaciones en las que el menor más que ser agresor era víctima, atentándose con ello las garantías procesales. Asimismo, como se ha visto dicha legislación aún no contemplaba la participación del Ministerio Fiscal, sin embargo, consideramos importante referirla, toda vez que de ella partirá por las deficiencias observadas en la práctica, la necesidad de la regulación de dicha figura en los procesos de menores.

La LORCPJM establece como novedades dentro del procedimiento instruido en contra de los menores, entre otras<sup>169</sup>, la participación del Ministerio Fiscal, separando las funciones de “instruir” y “juzgar”, siendo el encargado de instruir dicho funcionario, mientras el Juez se encarga de juzgar y controlar la ejecución. Por lo tanto, el Ministerio Fiscal recibe las denuncias cuyos inculpados fueran los menores, y con base en el principio de oportunidad no reglado, decide si procede, o no, a la incoación del expediente. A su vez, dirige la investigación de los hechos<sup>170</sup>, impulsa el procedimiento, acuerda la práctica de las pruebas que considera oportunas, solicita al Juez las medidas cautelares que cree pertinentes, amén de que puede pedir, en cualquier momento del procedimiento, el archivo de las actuaciones<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Otras novedades de dicho ordenamiento legal fueron la asignación al Equipo Técnico para la elaboración de informes sobre el menor; la introducción de mecanismos de desjudicialización; y la reparación del daño extrajudicial.

<sup>170</sup> Sobre este punto ver obras de **DIAZ MARTÍNEZ**, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Valencia, 2003, págs. 10-40; y **DOLZ LAGO**, “El Fiscal y la reforma de menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, No. 1, 1996, págs.1592-1604. Asimismo, **ECHARRI CASI** hace referencia al Ministerio Fiscal y su idoneidad para asumir la investigación en su obra: “Las partes en el proceso penal. Su participación en el proceso penal. Alcance de la responsabilidad subsidiaria”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. III, Madrid, 2003, págs. 44-46.

<sup>171</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores*, Editorial Bosch, 2001, págs. 60-61. La LORCPJM declara en su Exposición de Motivos que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, y en la nueva redacción dada al artículo 15 de la LTTM, se afirma que corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos, la observancia de sus garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, por lo que dirigirá la investigación de los hechos, ordenando que la policía judicial practique las actuaciones que estime pertinentes para su comprobación y la de la participación del menor en los mismos. El artículo 15 de la LORCPJM, ha sido objeto de dos cuestiones de inconstitucionalidad (la 2536/1994 y la 2859/1994) que han sido resueltas por la STC 60/1995, de 17 de marzo, en la que el Alto Tribunal, a la vista de la doctrina sobre el Juez imparcial ha elaborado el TEDH y el propio Tribunal Constitucional, concluyó que: “al separar las funciones instructores, de un lado, y de enjuiciamiento y decisión de otro, encomendando la primera de ellas al Ministerio Fiscal y las otras dos al Juez de menores, no sólo no conculca, sino que viene a restablecer el principio acusatorio”. V. **BERMUDEZ REQUENA**, “El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción”, *Actualidad Penal*, No. 2, 1997, pág. 812. Asimismo ver obra de **GONZÁLEZ SOLER**, “El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia”, en Protección de menores en el Código Penal, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 264-270 y **SAINZ RUIZ**, “Principio acusatorio en la fase de investigación. Hacia Un Fiscal Instructor”, *Revista General de Derecho*, No. 667, 2000, pág. 3794.

#### **4.5. Precedentes legislativos del Ministerio Público-Comisionado en materia de menores infractores en México**

El Decreto de 17 de enero de 1853, ordena la creación de jueces para menores de primera y segunda instancia, nombrados por el gobierno federal a propuesta de la Suprema Corte de Justicia. Estos jueces toman medidas no sólo contra menores delincuentes, sino también contra los vagos. El 20 de agosto del mismo año, se promulga una Ley contra los vagos. En 1871 en la Ley transitoria que rigió a partir de 1872, se ordenan las reformas a los edificios conocidos como Técpán de Santiago y Hospicio de Pobres, para adaptarlos, sirviendo el primero para la corrección penal de jóvenes delincuentes, y el segundo para la educación correccional<sup>172</sup>.

En 1908, el gobierno del Distrito Federal, planteó la reforma de la legislación relativa a menores, siguiendo como ejemplo el sistema norteamericano que crea el Juez paternal, cuya misión es dedicarse al estudio de la infancia y de la juventud de los delincuentes: apreciar cada caso en sus detalles y circunstancias peculiares; remontarse a los antecedentes, a fin de conocer la causa generadora del delito; y aplicar a cada quien la justicia correspondiente, pero siempre con el criterio de evitar el ingreso a la cárcel. Sin embargo, la creación del Juez paternal no encaja dentro de las reglas o cánones del Código de Procedimientos Penales vigente en ese entonces, por lo que se propuso la modificación sustancial de las jurisdicciones establecidas y de su funcionamiento. Así pues, se dictamina la iniciativa sobre gobierno del Distrito, y se recomienda la nueva institución, aunque con la salvedad de que como fruto de una alta cultura se exigiera por ser implantada con esperanza de éxito, que se utilizara personal ilustrado y sobre todo dotado de abnegación en el desempeño de sus labores. Pero, pese del ambiente favorable a la creación de juzgados

---

<sup>172</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 347. Algunos de los precedentes que mencionaremos no contienen referencia alguna respecto a la intervención del Ministerio Público o figuras similares al mismo en el procedimiento instruido en contra de los menores infractores, sin embargo, consideramos importante citarlos ya que fueron trascendentales para el establecimiento de la impartición de justicia actual en materia de menores infractores, amén de que como hemos expuesto en ese entonces al instruírseles a los menores el mismo procedimiento que a los adultos, intervenían Fiscales o encargados de desarrollar las mismas funciones.



paternales, éstos no llegaron a instituirse, quedando dichas ideas inspiradoras del proyecto, como primer antecedente serio de la creación de tribunales para menores en México<sup>173</sup>.

La Constitución, en su texto original de 1917, no resolvió nada sobre la delincuencia de menores, ni su tratamiento. Las entonces reglas y doctrinas tan difusas sobre imputabilidad, y las corrientes del positivismo imperante, inclinaban las balanzas a los prejuicios ya conocidos de peligrosidad y mala vida, y a imputar a ciertas etnias, clases sociales o individuos, temibilidades supuestas. Lo más que se llegaba a distinguir eran niños (desde el nacimiento a la pubertad), normalmente considerados inocentes, y por tanto ajenos a la dañada intención criminal, y los jóvenes, con más o menos posibilidades de comprensión, según su grado de ilustración; resultando las ópticas de entonces de que el joven bien educado si infringía las normas tenía mejores y más amplias posibilidades de regeneración, y por tanto, bastaban correctivos leves y el encargo de los padres; en cambio, el adolescente empobrecido, extraviado, desilustrado, era un caso casi perdido, altamente peligroso, y por tanto destinatario de penas y castigos, como remedio a sus proclividades genéticas y aprendidas<sup>174</sup>.

En 1920 se propone la creación de un tribunal protector del hogar y la infancia, dentro del proyecto de reformas a la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal, y en 1921 se celebra el primer congreso del niño, con todas las propuestas nuevas sobre protección a la infancia y la instauración de un tribunal para menores<sup>175</sup>, creándose en 1924 la primera Junta Federal de Protección a la Infancia.

El 19 de agosto de 1926, se aprueba el Reglamento para la Calificación de los Infractores Menores de Edad en el Distrito Federal, con carácter provisional mientras se legislaba sobre la materia, estableciéndose un tribunal administrativo para menores

---

<sup>173</sup> Ibidem; op. cit., pág. 348.

<sup>174</sup> Cfr. **GONZÁLES DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana*, Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 425-426. Hasta este entonces al menor infractor se le instruye un procedimiento igual al que se les instruye a los adultos inculpados de la comisión de algún delito, dentro del cual se incluye la intervención del Ministerio Público de acuerdo a las legislaciones correspondientes de esa época.

<sup>175</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 348.

dependiente del gobierno de la Ciudad, ante el cual se instauraba a los menores de dieciséis años que violaban la Ley y que fueran absueltos por falta de discernimiento por los tribunales comunes, un procedimiento sencillo, auxiliando a su vez dicho tribunal, a los tribunales que tenían asuntos de menores y que atendían casos de vagancia de menores de dieciocho años<sup>176</sup>.

Los tribunales para menores no nacen de la nada, ni son una simple imitación de instituciones extranjeras, por el contrario, existe una importante tradición. La fundación del tribunal para menores en el Distrito Federal, puede considerarse un éxito en el adelanto jurídico y social de México. El tribunal obedeció a una necesidad urgente, ya que los menores anteriormente eran ingresados en la cárcel (Cárcel de Belén) junto con los adultos. Una vez reformada la legislación penal y quedando el menor protegido gracias al Reglamento de 1926, se crea el primer tribunal para menores fortalecido por la Ley de 1928, que excluye del Código Penal a los menores de quince años, y da al tribunal su forma colegiada y tripartita que conservan los Consejos Tutelares<sup>177</sup>.

En efecto, en 1928 se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal, la cual señala en su Exposición de Motivos que para desarrollar de una manera eficaz esta obra social, se hace indispensable modificar nuestro cuadro jurídico, y crear un organismo especial exento de todo aparato y carácter judicial, que de acuerdo con las modernas orientaciones, tenga amplia libertad de acción para aplicar las medidas protectoras que demanden, no el acto violatorio de una Ley penal, sino las condiciones físicas, mentales, y sociales, del infractor. De esa forma se tuvo establecimientos propios y una filosofía: crear un organismo especial exento de todo aparato y carácter judicial<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> Ibidem; op. cit., págs. 348-349.

<sup>177</sup> Por consiguiente al menor infractor se le deja de aplicar el mismo procedimiento que a los adultos acusados, instruyéndoseles un procedimiento diferente en el cual no se encuentra regulada la intervención de ninguna institución similar a la del Ministerio Público en ese tiempo. Ibidem; op. cit., pág. 381.

<sup>178</sup> Cfr. **LÓPEZ TIRADO**, “La justicia y el tratamiento de menores infractores”, en *Criminalia*, Año LXVIII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001, pág. 46.

Su artículo 6 establece la división del tribunal para menores en salas, a la vez de regular la intervención de diversos especialistas y la obligación de incluir miembros del sexo femenino. El campo de acción es amplio, ya que no sólo se encarga de los infractores del Código Penal, sino que extiende su jurisdicción a los establecimientos de beneficencia pública, los cuales se consideran auxiliares del tribunal<sup>179</sup>. A esta Ley también se le conoce como Ley Villa Michel, prescribiendo como hemos dicho la composición tripartita (profesor, médico y psicólogo) del tribunal<sup>180</sup>.

En 1929 se promulga el nuevo Código Penal, y en él se declara al menor socialmente responsable, con la finalidad de poderlo sujetar a un tratamiento educativo, a cargo del tribunal para menores, conservándose así la tendencia de la Ley de 1928 que creó dicha institución. En dicho código se establecen sanciones de carácter especial, tales como arrestos escolares; libertad vigilada; reclusión en establecimiento de educación correccional, colonia agrícola para menores, o navío-escuela.

Por otra parte en la Ley procesal se concede a los jueces de menores libertad en el procedimiento pero con la salvedad de que se sujeten a las normas constitucionales en cuanto a detención, formal prisión, intervención del Ministerio Público, libertad caucional, etc. En efecto el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en materia penal, hacía intervenir al tribunal para menores delincuentes y al Ministerio Público dentro de los términos constitucionales, ordenando se dicte la formal prisión y se conceda la libertad bajo caución, contra la libertad bajo la fianza moral de los padres de familia, que se acostumbraba previamente. Posteriormente, se inician los trabajos de revisión de ese código, existiendo división de opiniones, entre ellas, la de la intervención del Ministerio Público en dichos asuntos<sup>181</sup>. Como se puede observar aquí tenemos un precedente

---

<sup>179</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 349.

<sup>180</sup> **GARCÍA RAMÍREZ**, *El artículo 18 Constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, Universidad Autónoma de México, México, 1967, pág. 99.

<sup>181</sup> Cfr. **CENICEROS y GARRIDO**; *La delincuencia infantil en México*, Ediciones Botas, México, 1986, pág. 25; y **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 36.

legislativo importante respecto a la intervención del Ministerio Público en asuntos de menores infractores.

El Código Penal de 1931, establece la mayoría de edad penal a los dieciocho años, y sustrae de manera definitiva del ámbito de validez personal de la Ley penal a los menores infractores, al establecer que los menores de dieciocho años que cometieran infracciones a las leyes penales serán internados todo el tiempo que fuera necesario para su corrección educativa. Las medidas aplicables a los menores eran indeterminadas en su duración, y variaban desde reclusión en un domicilio hasta en establecimientos de educación correccional<sup>182</sup>. Dicho código trata lo relativo a la delincuencia de menores, en un afán primigenio y saludable, que hoy por supuesto se mira con horror, pero que entonces tuvo como propósito real, arrancar de las garras del castigo adulto a esos menores que violentaban la Ley penal. En efecto, el Título VI del código de referencia, contempla cuatro artículos, en busca, muy arcaica, pero al fin búsqueda, de un régimen minoril, hasta entonces ausente<sup>183</sup>. Por lo tanto con el Código Penal de 1931, se producen algunos cambios regresivos, como la desaparición de la Sección de Protección a la Infancia, amén de que en el Código de Procedimientos Penales se incurría en el error de fijar el procedimiento, dejando sujetos a los menores a la misma legislación penal de los adultos, aunque admitiendo las diferencias de calidad en las medidas a imponer y las diferencias indispensables en el propio procedimiento; sin embargo el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, da un nuevo impulso a los tribunales, estableciendo un procedimiento especial, ordenando la creación de tribunales para menores en las capitales de los Estados, así como en los lugares donde resida un Juez de Distrito<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 317.

<sup>183</sup> Cfr. **GONZÁLES DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., pág. 426.

<sup>184</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 381, y **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 36.

Con el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, se implementan importantes reformas<sup>185</sup>. Al promulgarse éste código, se concede a los tribunales de menores la competencia para conocer de las infracciones del orden federal cometidas por menores de edad. Los tribunales adquieren competencia para conocer los delitos de orden común y federal, así como los hechos peligrosos y no delictuosos cometidos por los menores contra sí mismos, o contra la sociedad<sup>186</sup>.

En 1941 con el fin de modernizar los instrumentos y métodos dirigidos a la atención de los menores infractores, el Ejecutivo Federal da un paso hacia adelante en su propósito de crear un sistema de justicia juvenil, diverso del régimen de adultos, con la promulgación de la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales. Para ese entonces ya existían establecimientos propios, un funcionamiento institucional distinto del carcelario, y tribunales para menores infractores<sup>187</sup>. En esta Ley se dejan atrás los criterios proteccionistas y el concepto amplio de delincuencia juvenil, al limitarse su ámbito de aplicación a los menores que hubieran violado la Ley penal<sup>188</sup>.

Cabe señalar que la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares, en el Distrito Federal y Territorios Federales, considera a los menores que cometen ilícitos penales como delincuentes, remitiéndolos por lo tanto al Título Sexto del Código Penal (ya derogado), y sustentándolos a los procedimientos que la misma Ley establece. Algunos autores consideran dicha Ley de orden inquisitivo y vulnerable de garantías individuales consagradas por la Constitución, ya que por ejemplo existía un Juez para menores, designado por el Presidente de la República,

---

<sup>185</sup> Los patronatos para menores tuvieron su reglamento en ese mismo año con amplias funciones de asistencia moral y material, para los menores que hubieran delinquido, menores que se encuentren socialmente abandonados, o menores pervertidos o en peligro de hacerlo. Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 349.

<sup>186</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 318.

<sup>187</sup> Cfr. **LÓPEZ TIRADO**, “La justicia y el tratamiento de menores infractores...”, op. cit., págs. 46-47.

<sup>188</sup> **SÁNCHEZ OBREGON**, *Menores infractores y derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 1995, págs. 34-44.

cuyas facultades como juzgador eran reguladas por el Código de Procedimientos Penales; no siendo posible que un funcionario administrativo, con facultades “Iudex Poenale”, pudiera en determinado momento resolver la situación jurídica de un delincuente juvenil<sup>189</sup>.

Otras deficiencias de la Ley se observan en el artículo 71 que establece que si un menor se encuentra moralmente abandonado, pervertido o en peligro de serlo, el tribunal se encargará de remitirlo a un establecimiento de educación, o a una familia digna de confianza. Asimismo, se refiere que sí el tribunal lo considera pertinente, “el menor podrá dejar a su familia con la vigilancia en la educación”. Existe la idea de que un menor es per se susceptible o proclive a cometer una conducta antisocial, cuando existe cualquier forma de abandono en su persona. Si ese menor se encuentra moralmente a su suerte, podrá dejar a su familia, cuando la misma lo ha repelido, cuando él, solitario ha tenido que enfrentar contingencias que socialmente lo rodean. Por lo que resultaba inconcebible que la misma Ley prevenga, por un lado, el abandono de un menor y fomente que abandone a su familia, por otro lado. O sea que el abandono implicaba en sí una conducta antisocial. Igual deficiencia se observa en el artículo 84 que dispone que si el estado de un menor de dieciocho años exige un tratamiento especial, por ser alcohólico, toxicómano, enfermo mental, o presentar retraso mental y moral, el tribunal ordenará el tratamiento adecuado. El simple hecho de ser un menor de edad, de ser inimputable implica de por sí un tratamiento especial, y más aún, si el menor infractor trae esos antecedentes de alcoholismo, etc; por ende tiene ya un desarrollo moral deficiente que lo orilló a cometer un acto antisocial. Esa deficiente técnica legislativa, ha de haber dado al traste con cualquier garantía Constitucional y muchas violaciones en materia de menores infractores se habrán cometido<sup>190</sup>.

La preocupación que en México existía por instituir tratamientos especiales para menores infractores, quedó de manifiesto, en altísimo plano desde la reforma del artículo

---

<sup>189</sup> Cfr. **ADATO DE IBARRA**, “Derecho procesal de menores y la Constitución”, en *Derechos de la niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Autónoma de México, México, 1990, págs. 93-95, y **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor*, Editorial Porrúa, México, 2003, págs. 11-12.

<sup>190</sup> *Ibidem*.

18 Constitucional (1964-1965), que pasó a ocuparse de aquellos menores infractores: “La federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”. Dicha redacción hace expresa referencia a la necesidad de tratamiento<sup>191</sup>.

En 1971 surge una transformación importante en la historia jurídico-penal de México, ya que se realiza una amplia reforma penal y penitenciaria, realizándose cambios en el Código Penal y de Procedimientos, publicándose las tan necesarias Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados<sup>192</sup>.

A finales de 1973 se presenta ante la Cámara de Senadores una iniciativa de Ley con objeto de sustituir los tribunales para menores por un organismo más moderno y funcional. Dicha iniciativa fue ampliamente discutida y comentada tanto en las cámaras legislativas como fuera de ellas<sup>193</sup>. El 26 de diciembre de 1973, se aprueba en definitiva la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal<sup>194</sup>.

En efecto, tuvieron que pasar treinta años antes de que se intentara la fundación de un régimen jurídico del menor con plena autonomía del orden penal, apareciendo publicada finalmente, el 2 de agosto de 1974, en el Diario Oficial de la Federación, la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, iniciando su vigencia treinta días después. De esa forma se dice que por fin los menores de edad habían sido sustraídos del derecho penal, aunque otros afirmaban que en realidad se les había marginado de toda

---

<sup>191</sup> Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, “La imputabilidad en el derecho penal federal mexicano”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Universidad Autónoma de México, México, 1968, pág. 21-22; y **GARCÍA RAMÍREZ**, *El artículo 18 Constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores...*, op. cit., pág. 96.

<sup>192</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 350.

<sup>193</sup> Ibidem. Aún cuando los argumentos a favor de la reforma no eran del dominio público, en dicha Ley aparecían los puntos en torno a los cuales se debatía, así como aquellos que eran objeto de una negociación entre el modo tradicional de operar del tribunal y las nuevas maneras que se querían implantar en los Consejos. Sin embargo, había también aspectos fundamentales que permanecían inalterados. Es decir, la Ley aparecía como el resultado de la transacción entre lo que se quería y lo que se podía hacer, tomando en cuenta que la nueva institución asumía la herencia de una práctica ya institucionalizada. Cfr. **AZAOLA**, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op., cit., pág. 147.

<sup>194</sup> **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., págs. 350-351.

certidumbre jurídica<sup>195</sup>. Esta Ley sustituye por un lado a la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales de 1941, y por otro excluye del Código Penal la materia de menores en el área del fuero común<sup>196</sup>. Dicha Ley adopta un modelo de justicia proteccionista, en el sentido más vasto<sup>197</sup>. Se considera la primera Ley en México que establece de manera coordinada normas y organismos especializados para el tratamiento de menores infractores, con base en el ideal de readaptación de todo menor de conducta irregular<sup>198</sup>. Otros autores comentan que la Ley de 1974, guarda mucha semejanza con la Ley de 1941, ya que gran parte de su contenido está inspirado en las mismas instituciones y conceptos. Comparativamente hablando, y refiriéndose a ambas leyes y sus similitudes observadas en ellas, se expresa que el Estado deja de ser un ente inquisitorial para ser un ente protector y tutor de los menores; se deja de llamar jóvenes delincuentes para ser jóvenes infractores; se sustituye el carácter de Juez y tribunal por el de Consejero Tutelar y Consejo<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Cfr. **LÓPEZ TIRADO**, “La justicia y el tratamiento de menores infractores...”, op. cit., pág. 47. En el entendido de que los menores debían quedar totalmente excluidos del ámbito penal, se crea un organismo no jurisdiccional sino administrativo, el Consejo Tutelar, que se encarga de la protección y corrección de los menores. El procedimiento que se diseña es breve, expedito y distinto hasta donde era factible y conveniente según los legisladores, del de los adultos delincuentes; en él no se reconocían las garantías constitucionales a los menores. Esto era considerado no sólo innecesario sino absurdo: ¿Por qué habría que proteger al menor de un organismo que no buscaba castigarlo sino ayudarlo? Las medidas aplicables eran de duración indeterminada y consistían en tratamiento de libertad que siempre sería vigilado, y en atención institucional del sujeto. Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 318.

<sup>196</sup> V. **ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**, “El menor como sujeto de derecho penal” en *Derechos de la niñez, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, 1990, pág. 139.

<sup>197</sup> Debido a la concepción proteccionista o tutelar en México, se fue preparando una legislación que regulara la conducta de los menores infractores, surgiendo así la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974. Dicha Ley contiene una marcada dosis de paternalismo, que llevaría a que los Consejos Tutelares para menores adquirieran facultades exclusivas e irrecusables sobre los menores, bajo el argumento de que fungirían como sustitutos del padre o familia, y que su intervención es sólo de protección. En efecto, en México se crean los tribunales para menores infractores a partir de 1926 y alcanzan su mayor desarrollo de 1930 a 1962, sustituyéndose el carácter represivo por el de protección. El Consejo Tutelar para menores del Distrito Federal surgido en 1974, buscaría a su vez la readaptación de los menores infractores. Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Realidad y ficción en materia de justicia de menores (En México)”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año IV, No. 10, México, Enero-Abril, 1989, pág. 191.

<sup>198</sup> Cfr. **SÁNCHEZ OBREGÓN**, *Menores infractores y derecho penal...*, op. cit., pág. 44.

<sup>199</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., págs. 12-13.



Así pues la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal adopta un concepto amplio de delincuencia juvenil, por lo que prevé que el Consejo intervendrá cuando los menores infrinjan las normas penales o los Reglamentos de Policía o Buen Gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir una inclinación a causarse daños a si mismos, a su familia, o a la sociedad, y ameriten por lo tanto la actuación preventiva del Consejo Tutelar<sup>200</sup>. De esta manera se amplió la competencia que los antiguos tribunales para menores restringían a la violación efectiva de dichas normas, cambio que se justificaba, en razón de la tendencia dominante en el derecho para menores, en nivel internacional, de no atenerse a la legalidad, sino de facultar a los órganos especializados para intervenir dentro de una muy amplia idea sobre la situación irregular o antisocial de los menores. Es decir, con el propósito de asegurar una mayor protección a los menores, lo que de hecho se ampliaba, eran las posibilidades que respecto a la de los adultos tienen de quedar sujetos a resoluciones privativas de libertad, resultando paradójico que con el propósito de proteger más a los menores, se les aplicaran procedimientos que restringiesen sus derechos en relación con los otorgados a los adultos<sup>201</sup>.

Se dice que la Ley que nos ocupa participó del espíritu humanizador que caracterizó a la reforma penitenciaria en su conjunto. Los cambios de denominación son expresivos de esta tendencia, en vez de tribunal, Consejo; en vez de Juez, Consejero; en vez de penas, medidas de corrección o de protección. La expedición de dicha Ley pretendía formalizar el predominio de una de las tendencias en pugna: la que contaba en ese momento con mayor apoyo político en el plano nacional y correspondía también a la tendencia más fuerte dentro del campo en el plano internacional. En apoyo de la Ley se referían las innovaciones que sobre la materia habían promulgado algunos países, así como las recomendaciones de los congresos internacionales y el antecedente de que desde la década de los sesenta algunos Estados habían creado ya sus Consejos Tutelares<sup>202</sup>.

---

<sup>200</sup> Cfr. **AZAOLA**, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op., cit., pág. 148, y **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 318.

<sup>201</sup> Cfr. **AZAOLA**, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op., cit., págs. 148 y 151.

<sup>202</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 146.

En la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal se establece la descripción del procedimiento, el cual se resume en lo siguiente: una vez que ingresa el menor al Consejo se le asigna por turno un Consejero denominado instructor, quien se encarga de reunir todos los elementos que le conduzcan a dictar una resolución (artículos 11 y 25). Reunidos los elementos por el Consejero, presenta un proyecto de resolución sobre el cual deciden los tres consejeros de la sala a la que pertenece el Consejero instructor. Las resoluciones se toman por mayoría de votos de los miembros de la sala (artículo 24)<sup>203</sup>. Las medidas dictadas por el Consejo son de duración indeterminada (artículo 61). Es decir, la resolución no establece el periodo durante el cual el menor debe permanecer interno o sujeto a libertad vigilada, sino que aquel dura hasta considerar que se ha completado el tratamiento y se han alcanzado los resultados deseables previstos. La Ley establece que cada tres meses debe practicarse una revisión de oficio de las medidas impuestas (artículo 54), lo que en la práctica redujo considerablemente los periodos de internamiento, con respecto a los que se acostumbraban en los tiempos del tribunal. Fuera de este periodo de revisión de oficio, del que pueden resultar cambios en las resoluciones, las medidas solo pueden modificarse cuando así lo considera la sala, o bien pueden verse modificadas, a consecuencia de la revisión que en cualquier momento puede solicitar la Dirección de Servicios Coordinados (artículos 53y 55)<sup>204</sup>.

Al igual que la antigua Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales de 1941, la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974, conservó el carácter secreto que debe tener el procedimiento que se instruye. De acuerdo con los juristas el calificativo técnico para este procedimiento es el de inquisitivo<sup>205</sup>, tanto por su carácter secreto, como por el hecho de que concentra en unas

---

<sup>203</sup> Ibidem; op. cit., pág. 150.

<sup>204</sup> Ibidem; op., cit., pág. 161.

<sup>205</sup> El procedimiento inquisitivo tiene las características siguientes: concentración de las funciones acusatorias, defensiva y judicial en una sola persona; secreto; no existe contradicción por parte del inculpado, lo que equivale a fuertes restricciones en cuanto a la defensa; preferencia de la prisión preventiva sobre la libertad provisional; procedimiento escrito; jueces permanentes e irrecusables, y exclusión de la justicia popular; valoración tasada de la prueba; frecuente aplicación del tormento y sobrevaloración de la confesión;

solas manos, la del órgano decisivo, todas las funciones que en el caso de los adultos se hallan divididas, esto es el acusador por una parte, y el Defensor por otra, lo que da lugar así al litigio<sup>206</sup>.

En efecto, en dicha Ley, al no existir una litis en el ámbito de menores, no existe la representatividad social del Ministerio Público en el procedimiento que se incoa ante el Consejo Tutelar<sup>207</sup>. Esto es, al comprobarse que un menor ha infringido las leyes penales, el Ministerio Público no ejercita acción penal en contra de éste, sin embargo, el menor que se ve involucrado directa o indirectamente en la comisión del delito, es puesto a disposición del Consejo Tutelar de menores de inmediato para que se resuelva su situación. Incluso en el Distrito Federal, el Procurador General de Justicia local, dictó el acuerdo institucional A/024/89, en el cual se instruye a los servidores públicos para proteger de inmediato, a los menores e incapaces que se encuentren relacionados con averiguaciones previas y que tengan alguna situación de conflicto, daño o peligro, salvaguardando la situación jurídica más favorable para sus intereses, lo cual se realiza a través de la denominada entonces Dirección del Ministerio Público en lo Familiar y Civil, quien pone a los menores en disposición de sus familiares (cuando proceda), instituciones asistenciales, o Consejo Tutelar, cuando aquel haya cometido una infracción<sup>208</sup>.

---

apelabilidad de la sentencia; y amplísimos poderes de la actuación del Juez. Cfr. **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., págs. 134-135.

<sup>206</sup> **AZOLA**, *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op. cit., págs. 153-154.

<sup>207</sup> Como se puede observar, en dicha Ley no se regula la participación del Ministerio Público, ni siquiera bajo la foránea y oscura capa del Comisionado, producto de llevar la noción de parte procesal a extremos tan controvertibles. Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, “Algunas cuestiones a propuesta de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Criminalia*, No. 1, Año LXII, México, Enero-Abril, 1996, pág. 85.

<sup>208</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., págs. 15-16. Respecto a la participación del Ministerio Público en los asuntos de menores, la intervención de esta figura la empezamos a encontrar en los asuntos legales en los que se encuentran involucrados los menores y familia. El Ministerio Público en sus diferentes etapas como agente investigador, ha tenido que ostentar la representación social en los juicios judiciales de menores e incapaces; asimismo, se le ha reconocido el carácter de actor, demandante, o tercer opositor, en los asuntos judiciales, civiles y del orden común, cuando se viese afectado el interés público. En efecto, a partir de 1971, se le atribuye de manera expresa al Ministerio Público la representación en los procedimientos del orden civil y familiar y, especialmente se le asigna la protección de menores e incapaces, incrementándose la capacidad de atención en esos mismos ramos en los años de 1977, 1983 y 1984, estableciéndose la creación de la Dirección General de Representación Social en lo Familiar y Civil. En 1988, se cambia la denominación de ésta por la de la Dirección General del Ministerio Público en lo Familiar, Civil y en Servicios Sociales, instaurándose por primera vez en la institución, la intervención de equipos

No se considera en dicha Ley la intervención del Ministerio Público en virtud de que tratándose de inimputables, no puede sostenerse la acusación en el sentido de que sean autores de un acto intencional o culposo. Por esto no acusa el Ministerio Público, y es que no puede haber intención en quien no tiene plena conciencia basada en la experiencia de haber vivido situaciones análogas, en quien no tiene conocimientos suficientes ni está plenamente desarrollado de su inteligencia, siendo la imprudencia, la medida habitual de la conducta infanto-juvenil, plena de errores, falta de cuidado e ignorancia<sup>209</sup>.

Sólo se puede observar en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, la figura del Promotor, quien actúa en ausencia del Ministerio Público, velando por el apego a la Ley y por hacer efectiva toda medida de recuperación social del menor. Dicho apego a la Ley consiste en que el Consejero siga los lineamientos normativos que se refieren a su materia, y con relación al menor infractor, se evite que se vulneren sus garantías constitucionales, representándolo ante los padres y autoridades tutelares, vigilando en todo momento el procedimiento que se sigue al menor.

---

multidisciplinarios, para la orientación y asistencia a la ciudadanía y, especialmente, para los menores en situación de peligro, daño o conflicto, o relacionados con alguna averiguación previa. En 1989, ante el incremento de asuntos de menores víctimas del delito o infractores de las leyes penales y Reglamentos de Buen Gobierno, se crea la 57 Agencia del Ministerio Público Especializado en Asuntos de Menores Infractores o Víctimas de Delito e Incapaces. En 1990, se crean las Agencias 58 y 59 para atender el mismo ramo de asuntos, ampliando su acceso a los servicios en materia de apoyo y asistencia a los menores, aunado a la nueva función del Centro de Atención a la Violencia Intrafamiliar y el Centro de Atención para Personas Extraviadas y Ausentes, instituciones encargadas de atender la violencia suscitada dentro del entorno familiar, y principalmente el extravío o pérdida de los menores. Estas agencias estuvieron funcionando hasta 1994, cuando se amplían sus atribuciones y pasan a conocer del robo de infantes. En 1995 se crea la 69 Agencia para conocer también del tráfico de infante. Este modelo de atención y servicio de las Agencias Especializadas en Asuntos de Menores e Incapaces, Robo, y Tráfico de Infante, se mantuvieron hasta el año de 1999, cuando entra en vigor, en el mes de julio de ese mismo año, el Acuerdo A/003/99, que redistribuye las competencias, creando la Fiscalía Central para Asuntos de Menores e Incapaces, facultada para conocer de las infracciones cometidas a la legislación penal por menores, así como los delitos en contra de estos, cuando los indiciados sean los que ejerzan la patria potestad, custodia, o tutela. Para atender dichas necesidades, se instrumentaron doce unidades de investigación: dos de atención a los menores víctimas que se encuentran en albergue y diez de atención para los delitos contra menores e incapaces, estas últimas distribuidas en las dieciséis delegaciones políticas; asimismo se creó una Agencia Central Investigadora para Menores Infractores. Con dicha desconcentración, la Procuraduría de Justicia se moderniza, con los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia y profesionalismo. Cfr. **MONES MARMOLEJA**, *La intervención del Ministerio Público en los asuntos del menor*, en Memoria: Primera Reunión Nacional sobre Prevención, diagnóstico y tratamiento de menores infractores, Secretaría de Gobernación, México D.F., octubre, 2000, págs. 146-147.

<sup>209</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., pág. 113.

Por lo tanto, si un menor infringía las normas penales, o por cualquiera de las causas enumeradas en el artículo 2º de la Ley, se presentaba ante el Consejero instructor, y se procedía en presencia del Promotor, a sustanciar las causas de ingreso del menor<sup>210</sup>.

La Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, se considera pues, en cierto modo, una legislación innovadora dentro del campo de los menores de edad, ya que los artículos 1º y 2º consagran los principios esenciales de los cuales deben gozar, así como el carácter tutelar, proteccionista y asistencial del Estado<sup>211</sup>. Sin embargo, una de las críticas a dicha Ley, es que por la especial situación que guardaba un menor de edad, se debió crear al igual que en la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales, una policía judicial tutelar o policía tutelar que dependiera en todo caso del Promotor, en virtud de las actividades que conforme a la Ley poseía, y quienes pusieran de inmediato al menor a disposición del Consejero instructor<sup>212</sup>.

Otras críticas a la Ley son en relación al mito de que con la creación del sistema tutelar se había humanizado la justicia de menores, y no podía hablarse de humanización, toda vez que los menores seguían siendo sometidos a castigos, que muchas veces no sólo eran arbitrarios, sino degradantes<sup>213</sup>. Se consideró que constituía una falacia la afirmación de que el menor está fuera del derecho penal porque las medidas que se imponen no son

---

<sup>210</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 16. En la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, durante el procedimiento que se inicia en torno al menor, sólo aparece la figura del Promotor quien representa a éste, buscando en todo momento su protección, teniendo así la encomienda de velar por sus intereses y bienestar, debiendo estar presente siempre en todos los actos que integran el procedimiento. Cfr. **ADATO DE IBARRA**, “Derecho procesal de menores y la Constitución...”, op. cit., págs. 96-98. Como en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal no se encuentran reguladas las figuras del Ministerio Público o Abogado Defensor, la figura del Promotor sustituye de cierto modo las funciones que vendrían realizando los mismos.

<sup>211</sup> El 7 de mayo de 1975, se inauguran las nuevas instalaciones para los Consejos Tutelares, lo que hace posible el mejor cumplimiento de la Ley. V. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 351.

<sup>212</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., págs. 18-20.

<sup>213</sup> **MORENO HERNÁNDEZ**, “Realidad y ficción en materia de justicia de menores...”, op. cit., pág. 195.

penas<sup>214</sup>. Se criticó que la Ley se enmarcara dentro del Derecho Penal de autor, al permitir la imposición de medidas indeterminadas para el estado peligroso (menores que representan un peligro para sí mismos, para su familia, o para la sociedad), ya que con ello se viola el principio de legalidad, consagrado por el artículo 14 Constitucional, que impide la legitimidad de cualquier sanción penal, sin la previa comisión de una conducta exactamente descrita por la Ley, además de que al castigar a alguien por su peligrosidad significa enfrentar dos obstáculos, por un lado, el inconveniente de definir qué es la peligrosidad, y por el otro, la dificultad de emitir juicios hipotéticos orientados a predecir el futuro<sup>215</sup>.

Respecto a lo procesal hubieron críticas en el sentido de que la función judicial se atribuye a un cuerpo colegiado compuesto por un Abogado, un Médico y un Maestro, cuando la facultad decisoria debe corresponder a un jurista; el Promotor hace las veces de Ministerio Público y de Defensor, es decir, reúne dos funciones incompatibles entre sí; se viola el principio de acto, ya que se tiene en cuenta la personalidad del menor por encima de la conducta cometida; se viola el principio de inocencia, ya que el menor puede ser considerado merecedor de tratamiento haya, o no, ejecutado la acción; no se reconoce el derecho al menor de nombrar Defensor ni de aportar pruebas. Con esto era evidente que el procedimiento diseñado por la Ley que nos ocupa, distaba mucho de cumplir con los requisitos del debido proceso legal, consagrado en nuestra Constitución Política<sup>216</sup>.

Finalmente, con relación a la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, podemos concluir que ésta propuso un nuevo derecho para los menores infractores, extrayendo del Poder Judicial la conducción de la materia y llevándola al ámbito administrativo, haciendo realidad física la reforma Constitucional de 1965 que estaba en letargo. Como su nombre lo indica, eran las épocas románticas del sistema tutorial, que aún cuando dejaba de lado las garantías procesales del infractor, se

---

<sup>214</sup> Cfr. **DE LA BARREDA SOLÓRZANO**, “El menor ante el derecho penal”, *Revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. III, No. 5, Universidad Autónoma Metropolitana, México, Enero-Abril, 1982, pág. 110.

<sup>215</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 112.

<sup>216</sup> **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 319.

ufanaba de sus bondades y aspiraciones de refugio y asilo para estas pequeñas víctimas sociales. En conclusión, no hubo resultados, ya que el sistema tutorial no arrojó los productos esperados, y algunos repararon en que la imposición de los tratamientos y medidas de estricto orden tutelar, no penal, a los menores significaban, sin embargo, actos de molestia que se inflingían sin observancia de los derechos y garantías más elementales a partir de una autoridad administrativa, que a la postre resultó más aterradora que el Ministerio Público, al que se había sacado la vuelta, para no hacer incidir ningún elemento persecutorio o inquisitorial en esta materia tan delicada. Pero ese desbordamiento de la autoridad minoril, no trajo consigo a pesar de actuar extraconstitucionalmente bajo el atractivo pretexto del tutelaje, mejoras, ni prevención, ni resultados<sup>217</sup>.

Podemos concluir este apartado refiriendo que las cuatro legislaciones más trascendentales en la historia de México en materia de menores infractores, son las de los años de 1928, 1941, 1974 (que crea los Consejos Tutelares, y que motiva a las entidades federativas a realizar una labor semejante) y 1991 (Ley federal vigente y de la que mas adelante haremos referencia).

#### **4.6. Legislación vigente en España relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Ministerio Fiscal**

Como Ley primordial referiremos la LORRPEME para lo cual antes que nada debemos aclarar que nuestro estudio parte de dicha Ley como tal, no obstante, en virtud de que la misma ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre<sup>218</sup>, haremos las referencias relacionadas directamente con el tema que nos ocupa, y que en su caso hayan afectado la intervención del Ministerio Fiscal.

---

<sup>217</sup> GONZÁLES DE LA VEGA, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., págs. 429-430. Respecto a la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974, se aprecia que los menores quedan excluidos del Código Penal, para crearse una rama distinta en la que hallaron acomodo y que con el paso del tiempo perdió su auge por crearse la nueva LTMI de 1991. En ambas legislaciones, sin embargo, se encuentran similitudes en lo relativo a la estructuración orgánica entre una y otra.

<sup>218</sup> La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha sido publicada por el Boletín Oficial Español No. 290.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores<sup>219</sup> (LORRPEME), se considera una Ley de naturaleza formalmente penal, pero materialmente sancionadora educativa, amén de desarrollar la exigencia de responsabilidad jurídica de los menores infractores. Por ser su naturaleza “precisamente educativa”, rechaza finalidades esenciales del derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, evitando efectos contraproducentes en interés del menor.

En la LORRPEME se considera al Ministerio Fiscal parte fundamental del proceso, dotándosele de una multifuncionalidad, situándolo como una pieza indispensable para la efectiva vigencia de las propuestas y medidas que la misma contempla<sup>220</sup>. Esto supone una mayor atención y dedicación por parte del Ministerio Fiscal para cumplir sus deberes funcionales<sup>221</sup>, en virtud de que ahora tiene esa enorme responsabilidad que la LORRPEME le ha encomendado, que engloba la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y la observancia de las garantías del procedimiento, amén de contribuir para que el fin educativo que postula la Ley, no sea una mera declaración formal sin aplicación. En ese sentido POLO RODRÍGUEZ y HUELAMO BUENDÍA exponen: “En la citada Ley, se atribuyen a los fiscales amplias facultades e iniciativa procesal, en su doble posición: para promover la acción de la justicia y en defensa de la legalidad y de los derechos de los menores.... Ello se traduce nada menos que en

---

<sup>219</sup> Las novedades de dicho ordenamiento legal consisten: con base al interés superior del menor, obtener su verdadera rehabilitación a través de la corrección para reinsertarlo en la sociedad; solucionar el conflicto intersubjetivo entre agresor y víctima; especialización de los funcionarios participantes en los procesos de menores; mayor importancia de la participación del equipo técnico; reconocimiento de garantías procesales inspiradas en la Constitución y derecho internacional; mayor intervención del Letrado Defensor en las fases procesales; diversas medidas para aplicar; y la ampliación de las funciones del Ministerio Fiscal con relación a los anteriores ordenamientos legales, amén de su posición para promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, así como procurar y vigilar el respeto a los derechos de los menores, velando por el interés de éstos, entre otras.

<sup>220</sup> Sobre la atribución de la investigación oficial al Ministerio Fiscal en el proceso de menores ver **MARTÍN PASTOR**, “La dirección de la investigación oficial por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003, págs. 75-111.

<sup>221</sup> Cabe mencionar que la atribución del Ministerio Fiscal de la instrucción de los asuntos, desde su regulación en la Constitución Española de 1978, normada posteriormente en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1981, ha recorrido un largo camino en el que dicha figura ha tenido una serie de cambios como los derivados en su intervención en el procedimiento penal abreviado, (LO 7/1988) y en la Ley 4/1992 de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores.



atribuir al Ministerio Fiscal las funciones de dirigir personalmente la investigación e impulsar el procedimiento (art. 6º LORPM); admitiendo o no la denuncia, custodiando piezas y documentos y practicando diligencias, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones (art. 16 LORPM). En definitiva, va a corresponder al Fiscal, en su actuación instructora, valorar la participación del menor en los hechos y proponer medidas educativo-sancionadoras (art. 23 LORPM)”<sup>222</sup>.

Si observamos lo expuesto en la Exposición de Motivos de la LORRPEME, veremos que desde ahí se alude la relevante posición del Ministerio Fiscal, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos. Así se desprende que uno de los principales objetivos que se busca con la LORRPEME, es el desarrollo de un proceso penal para los menores, en el que se le reconozcan todas las garantías procesales, por lo cual se amplían las facultades y funciones del Ministerio Fiscal. Sin embargo, dentro de las mismas, existen algunas actuaciones que podrían afectar al menor e ir en contra del tan proclamado interés superior del mismo, además de atentar contra esas garantías procesales, situando al menor en estado de indefensión; intervenciones consistentes en la facultad que tiene para concluir la instrucción y elevar el expediente al Juzgado de Menores, sin haber recibido la declaración del menor; solicitar la aplicación de medidas terapéuticas en casos de existencia de exención o extinción de responsabilidad; la petición de sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada en su ejecución, por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto; por mencionar algunas, las cuales ahondaremos en su oportunidad.

Por otra parte, dentro de los temas mas novedosos y cuestiones más importantes que abarca la LORRPEME, encontramos la regulación de la edad de los menores que serán sujetos a esta Ley, cuyas edades oscilan entre los catorce años hasta los dieciocho; el

---

<sup>222</sup> **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor*, Editorial Colex, 2001, págs.13-14.

reconocimiento expreso de las garantías procesales en todas las fases del procedimiento; la primacía absoluta del interés del menor; la instrucción del expediente a cargo del Ministerio Fiscal y el contenido de las amplias facultades y funciones que le encomienda la Ley<sup>223</sup>; el valor preponderado del principio de intervención mínima, aunado con el de oportunidad reglada; la flexibilidad para la imposición de medidas y sus opciones para la sustitución de las mismas, en determinados casos; la competencia de las entidades autónomas protectoras de menores, para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia; el control judicial de la ejecución; la valoración del interés superior del menor, con base en criterios técnicos y no formalistas, expuestos por equipos de profesionales especializados en ciencias no jurídicas; entre otras.

Así pues, hemos visto que dentro de las leyes vigentes nacionales que regulan la materia procesal penal de menores, se encuentra la LORRPEME, en la cual la participación del Ministerio Fiscal es de suma importancia. Sin embargo, cabe señalar que existen otros cuerpos legales que sirven como complemento de la misma, o que son de carácter supletorio, tal y como lo señala la propia LORRPEME, en las que también se encuentra relacionado el actuar de dicha figura. Estos son: el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>224</sup>, la Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado<sup>225</sup>; la

---

<sup>223</sup> En efecto, la LORRPEME faculta al Ministerio Fiscal para que realice determinadas acciones que pudiesen atentar contra las garantías procesales de los menores, o situarlos en un estado de indefensión, como por ejemplo, que a falta de los que ejerzan la patria potestad, tutela, o guarda del menor, la declaración se lleve a cabo en presencia del Ministerio Fiscal representado por persona diferente del instructor del expediente (art. 17); la remisión por parte del Ministerio Fiscal de los casos de menores de catorce años, involucrados en la comisión de algún ilícito, a la Entidad Pública de Protección de Menores (art. 3); las diligencias propuestas por el Letrado Defensor del menor y la facultad del Ministerio Fiscal para decidir, o no, su admisión, y otras obligaciones del mismo (art. 26); la solicitud del Ministerio Fiscal al Juez de menores de la expedición de medidas terapéuticas y cautelares en los casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad, como la enajenación mental del menor, u otras circunstancias de las previstas por la Ley (arts. 5, 9 y 29); la apertura de la fase de audiencia, una vez recibido el expediente y el escrito de alegaciones por el Juez de menores, y la falta de petición de la misma por parte del Ministerio Fiscal (arts. 30 y 31); el quebrantamiento de la ejecución de la medida no privativa de libertad y su petición de sustitución por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto (art. 50).

<sup>224</sup> Respecto a éste, en vista de las dificultades que acarrearía el cambio legislativo en materia de menores consecuencia de la LORRPEME, la Fiscalía General del Estado con el fin de atender las necesidades que surgirían para echar a andar la misma, ha considerado las reformas que deberían hacerse al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en lo que concierne a: la facultad del Ministerio Fiscal para instruir directamente el procedimiento penal conforme lo establece la LORRPEME (artículo 3.5); la facultad del Ministerio Fiscal para ordenar la detención preventiva o la libertad de los detenidos puestos a su disposición (artículo 5 párrafo

Constitución Española<sup>226</sup>; la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>227</sup>; el Código Penal Español<sup>228</sup>; la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>229</sup>; la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor<sup>230</sup>; el Código Civil<sup>231</sup> y la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>232</sup>; el Reglamento de la LOORPEME aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio<sup>233</sup>.

---

2); la creación de las Secciones de los Menores, y algunos aspectos orgánicos del Ministerio Fiscal respecto al principio de especialización que fomenta la Ley (artículo 18). Dichas modificaciones se realizaron a través de la Ley 12/2000 de 28 de diciembre. Asimismo, en dicho Estatuto observaremos la defensa de la legalidad como misión del Ministerio Fiscal y la de promover la acción de la justicia; los principios por los que se rigen la misión y el actuar del Ministerio Fiscal; las facultades y atribuciones del Ministerio Fiscal; la regulación del actuar del Ministerio Fiscal bajo los principios de legalidad e imparcialidad; y la unidad y dependencia del Ministerio Fiscal. No debemos omitir la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación a la Ley 50/1981 de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, así como otros decretos que han afectado al mismo como son el Real Decreto 326/2002, de 5 de abril, sobre el régimen de nombramiento de los miembros sustitutivos del Ministerio Fiscal, modificado por el Real Decreto 92/2006, de 3 de febrero; Real Decreto 274/2007, de 23 de febrero, por el que se establece la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2007; y Real Decreto 658/2007, de 25 de mayo, por el que se modifica la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para el año 2007.

<sup>225</sup> Esta Circular contiene los criterios de aplicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, por la que se Regula la Responsabilidad Penal de los Menores. Debido a las dificultades que podrían presentarse con la nueva normativa de la LORRPEME, la Fiscalía General del Estado, no sólo considero suficiente hacer algunas modificaciones al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sino además reflexionó como necesaria la elaboración de una Circular que ayudara a resolver algunos problemas de interpretación que pudiese presentar la LORRPEME. El objetivo con la creación de dicha Circular, sería proporcionar a los Fiscales un instrumento útil al servicio de la unificación interpretativa, y que sirva de apoyo al momento aplicativo de cualquier texto legal. La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado consta de la introducción; los sujetos destinatarios de la LORRPEME; el carácter restrictivo de la extensión del régimen jurídico de los menores a los jóvenes; las reglas de competencia; las medidas; la instrucción del expediente; la fase intermedia: principio de audiencia; la celebración de la audiencia; la suspensión de la ejecución del fallo; el régimen de recursos; la ejecución de las medidas; la responsabilidad civil; el régimen transitorio y la entrada en vigor de la Ley.

<sup>226</sup> En la máxima Ley de España, encontraremos la regulación de las garantías procesales, así como la previsión de la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, amén de las funciones y misiones del Ministerio Fiscal.

<sup>227</sup> Dentro de las disposiciones finales de la LORRPEME, precisamente en la primera de ellas, se refiere que tendrán el carácter de normas supletorias para lo no previsto expresamente en la misma, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III, del Libro IV de la misma.

<sup>228</sup> De igual forma, en las disposiciones finales de la LORRPEME, se refiere que tendrán el carácter de normas supletorias para lo no previsto expresamente en la misma, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales.

<sup>229</sup> Con relación al Ministerio Fiscal, esta Ley establece su misión y dispone que éste se regirá por lo que ordene su Estatuto (art. 435).

<sup>230</sup> Dentro de las disposiciones más importantes relacionadas con el Ministerio Fiscal, está la facultad de ejercer las acciones que en su caso sean necesarias y que correspondan a los representantes legales del menor (art. 4)

<sup>231</sup> El Código Civil contiene algunos preceptos relevantes, relacionados con el actuar del Ministerio Fiscal y que son la obligación de la Entidad Pública correspondiente para adoptar las medidas de protección necesarias para el menor en situación de desamparo, debiéndolo hacer del conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 172);

Dentro de las leyes vigentes de carácter internacional que tienen relación con el actuar del Ministerio Fiscal en España<sup>234</sup>, se encuentran las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, o Reglas de Beijing<sup>235</sup>; la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño<sup>236</sup>; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>237</sup>;

---

y la atribución del Ministerio Fiscal para la vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, relacionadas con lo establecido en dicha Ley (art. 174).

<sup>232</sup> Las medidas cautelares a adoptar cuando se presente la causa de incapacitación en la persona para su adecuada protección y su solicitud a instancia del Ministerio Fiscal (art. 762); y el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y las circunstancias para ordenarlo (763), son preceptos legales que nos servirán de apoyo para explicar algunas de las opciones que puede tener el Ministerio Fiscal en su actuar, y que referiremos en el último capítulo de este trabajo.

<sup>233</sup> Dicho reglamento tiene por objeto el desarrollo de la LORPEME, en lo referente a la actuación del equipo técnico y de la policía judicial, a la ejecución de las medidas cautelares y definitivas adoptadas de conformidad con aquella, y al régimen disciplinario de los centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad. En el mismo se regulan y reiteran intervenciones del Ministerio Fiscal, mismas que como hemos referido atentan contra derechos procesales como las reguladas por los artículos 3 y 8 por citar algunos.

<sup>234</sup> Con relación a la normativa internacional y Constitución en torno al menor ver **CANCER LOMA**, “El menor desde la perspectiva del proceso penal ordinario”, en *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas*, Cuenca, 2000, págs. 17-22.

<sup>235</sup> Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985. Dichas reglas pretenden establecer un principio general para la práctica de la administración de justicia de menores, a efecto de que sea uniforme en todo el mundo y sirva de referencia a los Estados. Asimismo, las Reglas analizan los derechos procesales de los menores, así como todas las cuestiones procesales que se puedan presentar en las diferentes etapas del procedimiento.

<sup>236</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este cuerpo legal se compone de una serie de normas y obligaciones no negociables y estipula diversos derechos, entre ellos, los relacionados con la justicia penal juvenil. Se considera “La Carta Magna de la Minoridad”.

<sup>237</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. La finalidad de las presentes Reglas, es establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas, para la protección de los menores que sean privados de su libertad en cualquier forma, contemplándose los derechos humanos y libertades fundamentales, con el afán de compensar los efectos dañinos que toda detención trae consigo, además de fomentar la integración del menor en sociedad. Las mismas están pensadas con el objeto de servir de patrones prácticos de referencia o de orientación, para los encargados de la administración de justicia de menores. A través de éstas Reglas, se regula la privación de libertad de los menores y la ubicación de éstos, en establecimientos penitenciarios, sólo en casos estrictamente necesarios. También contemplan las medidas cautelares para aplicársele a los menores, amén del régimen que ha de tener la detención y la prisión preventiva. Muchas de las normas establecidas en la misma se aplican para la ejecución y cumplimiento de las sanciones, aunque de igual forma sirven en los casos de la detención policial, a pesar de su corta duración o por causas de investigación en la comisión de los delitos. Otros aspectos relevantes son que la privación de libertad deberá efectuarse garantizándose el respeto a los derechos humanos; el derecho a la presunción de inocencia y la evitación de la detención preventiva o para que esta dure lo menos posible, y en lugar de ellas aplicar medidas sustitutorias; y los derechos de los menores en caso de detención; además de describir en los demás artículos derechos de los menores cuando ya estén reclusos en establecimientos penitenciarios. Fundamentos legales que en su oportunidad también utilizaremos.

las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad, o Reglas de Tokio<sup>238</sup>.

#### **4.7. Legislación vigente en México relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Ministerio Público-Comisionado**

Actualmente en México tenemos como Ley reguladora de la conducta de los menores infractores, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (LTMI). Orgánicamente la normatividad de la LTMI se estructura de tal forma que resultan sus instituciones innovadoras en materia de menores infractores, toda vez que entre otras autoridades, ahora sí aparece la figura del Defensor, y surge la figura del Comisionado, e incluso se regula la intervención del Ministerio Público en determinados actos<sup>239</sup>; amén de existir otros conceptos novedosos como por ejemplo, ya no se refiere al menor infractor como reincidente (denominación absolutamente penal); tampoco alude el concepto de readaptación social a los cuales denomina, respectivamente, reiterante y adaptación social. Igualmente, amplía su estructura técnica y administrativa con personal especializado en la

---

<sup>238</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Estas Reglas contemplan principios básicos, para el fomento de la aplicación de las medidas no privativas de libertad al igual que las garantías mínimas de las personas, a quienes se les ha impuesto medidas sustitutivas de prisión. Y es que se considera pertinente, que con el fin de evitar la pena de prisión, se establezcan una variedad de medidas no privativas de libertad, las cuales pueden aplicarse atendiendo claro esta, al tipo y gravedad de delito, antecedentes, personalidad del condenado, y protección de la víctima y sociedad y, si de acuerdo a su valoración, es posible proceder a la sustitución de la prisión por alguna de ellas, deberá optarse por ello. Esto tiene que considerarse con mayor razón en el ámbito de los menores, con el afán de lograr su reinserción a la sociedad. Así pues, estas Reglas determinan las medidas privativas de libertad adecuadas, las condiciones y garantías de aplicación de las mismas y las normas para controlarlas y supervisarlas de manera eficaz, para lo cual deberán por supuesto encontrarse incorporadas en cada una de las legislaciones de los Estados que las reconozcan. De igual forma, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de Libertad, es un instrumento que trata las cuestiones generales de los menores infractores en todas las etapas del proceso, independientemente de su situación jurídica. Regula las obligaciones que se impongan al condenado por parte de la autoridad, y las consecuencias del incumplimiento de alguna de las medidas no privativas de libertad.

<sup>239</sup> En la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, no encontramos regulada la intervención del Ministerio Público como tal, sin embargo, en la LTMI que sustituye a la anterior, vemos que faculta al Ministerio Público para que actúe en la comisión de infracciones tipificadas por las leyes penales realizadas por menores. Cfr. **MONES MARMOLEJA**, *La intervención del Ministerio Público en los asuntos del menor...*, op. cit., pág. 146.

materia, y con un enfoque en cuanto a los estudios y diagnósticos de un menor infractor, más bien apegados a los principios en que se sustenta la criminología moderna. El fin último de la Ley vigente, es reingresar a los menores infractores a un núcleo social y familiar más armónico, en el que se logre que el individuo infractor no vulnere de nueva cuenta, el orden social<sup>240</sup>.

Algunos autores consideran que la construcción del proceso para menores infractores, bajo la LTMI, alteró diversos avances del régimen precedente. Y que dentro de los errores vigentes, errores y absurdos, figura la introducción del Ministerio Público en este enjuiciamiento, llevando al colmo la idea de bilateralidad en el proceso. Refieren que dicho acusador oficial se encubre bajo el extraño nombre de Comisionado; pero que éste hábito no alcanza siquiera a ocultar al monje, toda vez que se trata de un Ministerio Público disfrazado con una designación advenediza<sup>241</sup>.

Pero nosotros apoyamos la idea de que la creación de esta figura era indispensable para cubrir el pernicioso vacío legal que en materia de procuración existía, debido a la ausencia de un órgano facultado para excitar, cuando procediese en representación de la sociedad, al órgano encargado de pronunciarse sobre la ilicitud de los hechos y sobre la responsabilidad de los menores. Además la carencia de un órgano comisionado para aportar los elementos de convicción tendientes a acreditar la conducta transgresora de los menores, llevaba a que las resoluciones del Consejo Tutelar se tomarán únicamente con base en la personalidad del autor y no del hecho cometido. Pensamos que ahora con la figura del Comisionado se puede estructurar mejor un proceso de menores equilibrado, basado en el hecho cometido y no en la personalidad del autor, atendiendo a que el Comisionado participa en la investigación de las infracciones, substanciación e instrucción del proceso<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 21.

<sup>241</sup> Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, “Errores y absurdos en el régimen de menores infractores”, en *Indicador Jurídico*, Vol. 1, No. 2, México, Febrero, 1996, pág. 109.

<sup>242</sup> Cfr. **SÁNCHEZ OBREGÓN**, *Menores infractores y derecho penal...*, op. cit., pág. 108.

De acuerdo a la LTMI, el Comisionado pertenece a la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y Tratamiento de los Menores. Las Facultades que se atribuye al Comisionado las encontramos en el artículo 35, fracción II, de la LTMI, y estas son: investigar las infracciones cometidas por los menores, que le son turnadas por el Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en las reglas de integración de la investigación de infracciones de la Ley; requerir al Ministerio Público y a sus auxiliares que los menores que estén sujetos a su investigación les sean remitidos de inmediato; practicar las diligencias de carácter complementario conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las correspondientes a comprobar la participación del menor en los hechos; tomar la declaración del menor con la presencia de su Defensor; recibir testimonios, dar fe de los hechos y de las circunstancias del caso, así como de los instrumentos objeto y productos de la infracción, pudiendo allegarse de cualquier medio de convicción que permita el conocimiento de la verdad histórica; intervenir conforme a los intereses de la sociedad, en el procedimiento que se instruya a los menores ante la sala superior y los consejeros, así como en la ejecución de las medidas de orientación, de protección, y de tratamiento que se les apliquen; solicitar a los consejeros unitarios que se giren las ordenes de localización y presentación que se requieran para el esclarecimiento de los hechos, materia del procedimiento; intervenir ante los consejeros unitarios en el procedimiento de conciliación que se lleve a cabo entre los afectados y los representantes del menor, y en su caso, los responsables solidarios y subsidiarios con relación al pago de los daños y perjuicios, causados como consecuencia de las infracciones cometidas por los menores; aportar en representación de los intereses sociales, las pruebas pertinentes y promover en el procedimiento las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos que se le atribuyan al menor; formular los alegatos en cada uno de los casos en que intervenga, solicitando la aplicación de las medidas de orientación, de protección, y de tratamiento que correspondan, y promover la suspensión o la terminación del procedimiento; interponer en representación de los intereses sociales, los recursos procedentes en los términos de la presente Ley; promover la recusación de los integrantes de la sala superior y de los consejeros unitarios, cuando los mismos no se inhiban de conocer, de conformidad con lo establecido en esta Ley; poner a los menores a disposición

de los consejeros cuando de las investigaciones realizadas se desprenda su participación en la comisión de una infracción tipificada como delito en las leyes penales, y velar porque el principio de legalidad en el ámbito de su competencia no sea conculcado, procurando que el procedimiento se desahogue en forma expedita y oportuna<sup>243</sup>.

Así pues las funciones de procuración son las más amplias y mejor detalladas por la LTMI, y éstas están a cargo de los Comisionados<sup>244</sup>, cuyo objeto es la protección de los derechos e intereses de la sociedad, así como de particulares afectados por la comisión de conductas tipificadas por las leyes penales. Al no tratarse de un proceso penal en sí, no puede haber coadyuvancia con el Ministerio Público, pero no hay duda que el Comisionado tiene la obligación de dar la asesoría jurídica a la que se refiere el artículo 20 Constitucional<sup>245</sup>.

Por otra parte, se han establecido garantías para salvaguardar los derechos del ofendido, las cuales han sido elevadas al rango de garantía individual, misma que se encuentra consagrada en el apartado B, del artículo 20, Constitucional. En el artículo 35 de la LTMI, vemos que la procuración en la materia se ejerce por medio del Comisionado, quien tiene encomendado proteger los derechos e intereses de las personas, así como los de la sociedad en general, afectados por las infracciones. Asimismo, los artículos 86 y 87 de la misma Ley, facultan a los afectados o a sus representantes legales, para acudir ante el Consejero y solicitar la reparación del daño causado.

---

<sup>243</sup> A pesar de que consideramos conveniente la intervención de un órgano que se encargue de llevar por un lado la integración del procedimiento y que a su vez sirva como parte acusadora en el procedimiento que se instaure a los menores infractores, como es la participación en este aspecto del Comisionado, en la LTMI se observan algunas disposiciones de naturaleza estructural, sustantivas, procesales y de ejecución, que atentan contra los derechos humanos y fundamentales de los menores, amén de omitirse la ejecución de un verdadero procedimiento especial que respete los principios procesales como el de derecho de audiencia, presunción de inocencia, exacta aplicación de la Ley por un autoridad competente, etc.

<sup>244</sup> La jurisprudencia emitida por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en Amparo Directo 95/94, establece que el Comisionado es el facultado para ejercer las funciones de procuración que tengan por objeto proteger los derechos y los intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se atribuyen a los menores, incluyendo la de interponer en representación de los citados intereses, los recursos procedentes conforme a la LTMI.

<sup>245</sup> Cfr. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 416.



En efecto, el artículo 35 de la LTMI, establece las reglas del procedimiento indagatorio, mismas que ya hemos referido y se encuentran a cargo del Comisionado; así como establece el plazo que tiene éste para integrar la averiguación previa que le ha sido puesta en su conocimiento por el Ministerio Público, el cual es de veinticuatro horas, debiendo turnar, agotado éste, las actuaciones al Consejero Unitario para que resuelva dentro del plazo de Ley, lo que conforme a derecho proceda, de acuerdo con los artículos 20 y 36 de la LTMI. Corresponde al Consejero Unitario resolver la situación jurídica del menor en primera instancia, quien debe realizar un exhaustivo examen del caso y valorar los elementos probatorios, para determinar si los hechos constituyen alguna infracción y si quedó plenamente acreditada la participación del menor en los hechos imputados; en tales circunstancias, a partir del diagnóstico biopsicosocial del menor, se ordena la aplicación de las medidas de tratamiento conducentes, para lograr su adaptación social, tratamiento que debe durar hasta un año en caso de ser externo y cinco en caso de interno<sup>246</sup>.

Hablando del Comisionado, es importante hacer referencia de la Unidad encargada de Prevención y Tratamiento de Menores. Esta unidad dependiente de las Unidades Técnica y Administrativa, realza las actividades sustanciales del procedimiento tutelar del menor infractor, y lleva a cabo las tareas de integración directa de los expedientes, resoluciones, y determinaciones de la situación jurídica del menor, conforme al procedimiento que la normatividad establece. Y son, precisamente los Comisionados, quienes determinan si el menor presentado se turna ante el Consejero Unitario a efecto de que sea devuelto a sus representantes legales o encargados, o si queda a disposición del Consejo en el Centro de Diagnóstico o de Tratamiento Interno, para la emisión de un dictamen biopsicosocial por parte del Comité Técnico Interdisciplinario. Dicha unidad tiene como finalidad, la de encargarse de la prevención general por medio de actividades dirigidas a evitar la realización de conductas constitutivas de infracciones a las leyes penales, y prevención especial que consiste en el tratamiento individualizado que se proporciona a los menores que han infringido dichas disposiciones, para impedir su reiteración. Asimismo, realiza

---

<sup>246</sup> SÁNCHEZ SANDOVAL, “Criterios en torno a la aplicación de la Ley en materia de menores infractores”, en *Criminalia*, Año LXVII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001, pág. 116.

actividades de procuración, la cual ejerce para proteger los derechos e intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones que se atribuyen a los menores, y los intereses de la sociedad en general<sup>247</sup>.

Por lo tanto, se ha observado que en la LTMI se encuentra regulada la intervención del Comisionado que realiza funciones muy similares a las del Ministerio Público, e incluso se regula la intervención de esta última figura para ciertos actos<sup>248</sup>. Asimismo, existen otros cuerpos legales que sirven como complemento de la misma, o que son de carácter supletorio, tal y como lo señala la LTMI, los que a su vez servirán de apoyo para el actuar de la figura del Comisionado y, en su caso, del Ministerio Público. Estos son: el Código Federal de Procedimientos Penales<sup>249</sup>, la Constitución Política Mexicana<sup>250</sup>; Código Penal

---

<sup>247</sup> MARTELL GÓMEZ, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 23.

<sup>248</sup> Hay actuaciones de los encargados de administrar justicia en materia de menores reguladas por la LTMI que atentan contra los derechos humanos y fundamentales de éstos, como pueden ser la elaboración del diagnóstico biopsicosocial como diligencia inoportuna en la determinación de la resolución inicial; la aplicación de medidas indeterminadas a los menores infractores e incoherencia en su procedimiento; la intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores; la naturaleza y atribuciones otorgadas al Consejo de Menores que causan problemas en actos de carácter jurisdiccional; la falta de normativa para brindar la asistencia social a menores de once años de edad; el tiempo insuficiente para la formulación de alegatos en el procedimiento; el exceso de límite de tiempo para la determinación de la situación jurídica del menor infractor. Y aunque algunas de esas actuaciones no están relacionadas directamente con la intervención del Comisionado, consideramos conveniente referirlas por ser desarrolladas en las etapas donde mayor intervención tiene el mismo.

<sup>249</sup> Dentro de las disposiciones finales de la LTMI, en su artículo 128 específicamente se refiere que en todo lo relativo al procedimiento, así como a las notificaciones, impedimentos, excusas y recusaciones, se aplica supletoriamente lo dispuesto por el Código Federal de Procedimientos Penales. En esta última Ley encontramos lo relacionado con la averiguación previa y la iniciación del procedimiento (arts. 113 al 122); las reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa (arts. 123 al 133 bis); la consignación ante los tribunales (arts. 134 al 135 bis); la acción penal (arts. 136 al 141); la instrucción (arts. 142 al 167); disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción (arts. 168 al 205); ofrecimiento de pruebas (arts. 206 a 290); y las conclusiones (arts. 291 al 297). Lo relacionado con las notificaciones se encuentra regulado de los arts. 103 a 112. Y respecto a los impedimentos, excusas y recusaciones lo encontramos en los arts. 444 al 467. El procedimiento penal que se instruye a los adultos regulado por dicha Ley consta de cuatro fases y lo podemos resumir en la siguiente forma: 1) La fase indagatoria que comienza con la puesta en conocimiento del Ministerio Público de los hechos que pueden ser constitutivos del delito, iniciándose así la averiguación previa, en la cual la autoridad referida se encarga de practicar todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado. Una vez realizado ello, se ejercita la acción penal, remitiéndose el expediente ante el órgano jurisdiccional competente, pudiéndose dictar también el no ejercicio de la acción penal; 2) La fase de instrucción que tiene como finalidad substanciar el procedimiento. Para ello una vez recibida la averiguación previa en el Juzgado Penal, se le asigna número, radicándose de esa forma el expediente. Radicada la averiguación previa el Juez Penal examina si se encuentran reunidos los requisitos Constitucionales y procesales para dar por acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ordenando la práctica a su vez de todas las diligencias que sean necesarias. El Juez Penal debe ordenar la toma de declaración

Federal; Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social<sup>251</sup>; Instructivo 1/001/90 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal para el actuar de los servidores públicos de la institución en aquellos casos en que se encuentren involucrados menores de edad (Acuerdo A/032/89)<sup>252</sup>; Acuerdo A/003/99 por el que se establecen las bases y especificaciones para la atención y el servicio a la población, los procedimientos y la organización de las agencias del Ministerio Público<sup>253</sup>; Acuerdo A/001/2005 del Procurador General de Justicia del Distrito Federal por el que se instruye a los agentes del Ministerio

---

preparatoria al inculpado cuando éste ha quedado a su disposición, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Una vez rendida la declaración, el Juez Penal tiene como término el de setenta y dos horas para resolver la situación jurídica del inculpado, pudiéndose dictar auto de libertad por falta de elementos para procesar, auto de sujeción a proceso, o auto de formal prisión. Si se dicta cualquiera de los dos últimos autos, la instrucción puede abrir ya sea el proceso sumario u ordinario, los cuales se diferencian el uno del otro por el tipo de delito y los plazos. La instrucción se abre para el ofrecimiento, admisión y desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes. Una vez desahogados todos los medios de prueba, el Juez Penal decreta el cierre de instrucción; 3) La fase de juicio que inicia con el desahogo de las conclusiones. Esto es, una vez decretado el cierre de instrucción se ordena poner la causa a la vista del Ministerio Público y Abogado Defensor del inculpado, para que formulen sus conclusiones. Realizado ello, a los cinco días siguientes a la exhibición de las conclusiones de las partes, el Juez Penal señala fecha para que se lleve a cabo la audiencia de vista en la que se escucharán los alegatos respectivos, y al término de la audiencia se declara visto el proceso y se pasa a dictar sentencia; 4) La fase de ejecución de sentencia inicia una vez dictada la sentencia, con el cumplimiento de la misma por parte del inculpado.

<sup>250</sup> La Constitución Política Mexicana contempla las garantías procesales de las que gozan todos los individuos, sin importar raza, sexo o edad, amen de establecer que la federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores, regulando las actuaciones de las autoridades dentro de las cuales encuadran las del Ministerio Público y por consiguiente Comisionado.

<sup>251</sup> En el año de 1980 se agrega el párrafo siguiente al artículo 4º Constitucional: “Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La Ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas. En virtud de lo anterior, el 9 de enero de 1986, se publica en el Diario Oficial la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social. Dicha Ley es de orden público e interés social, y rige en toda la República a partir del 10 de enero de 1986. La asistencia social se brinda a través del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Entre los sujetos receptores de dicha asistencia social se encuentran los menores en estado de abandono, desamparo, desnutrición o sujetos a maltrato; menores infractores; alcohólicos, farmacodependientes o individuos en condición de vagancia; indigentes; personas que por su extrema ignorancia requieran de servicios asistenciales; y víctimas de la comisión de delitos en estado de abandono.

<sup>252</sup> Los acuerdos celebrados entre la Secretaría de Gobernación a través de la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores, y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, durante las diferentes administraciones, han permitido un ágil y eficaz desarrollo en la integración y resolución de las averiguaciones previas iniciadas por el Ministerio Público, generando como resultado la expedita tramitación de libertad de aquellos menores relacionados con los delitos que no son privativos de libertad, así como de aquellos que se acogen en su caso, al beneficio de la caución; dando celeridad a los expedientes y asuntos de menores que tienen que ser turnados al Comisionado. Situación que consideramos de gran avance en materia de menores, aunque suelen ser muy pocos los casos que se tramitan en las mismas. Cfr. **MONES MARMOLEJA**, *La intervención del Ministerio Público en los asuntos del menor...*, op. cit., pág. 147.

<sup>253</sup> Este acuerdo contiene las normas, organización, funcionamiento, evaluación y responsabilización de los agentes del Ministerio Público y sus subordinados.

Público de la institución, sobre las acciones que deben adoptar para garantizar el respeto de los derechos humanos de los menores de once años de edad, a quienes se atribuya o se vean relacionados de alguna forma en la comisión de conductas previstas en la Ley penal como delitos; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal; Código Federal de Procedimientos Civiles.

Hay que destacar que, gracias a los cuerpos legales de carácter internacional, creció la preocupación por impartir una mejor justicia en el ámbito de los menores, modificándose las leyes existentes de la materia, para reconocer y hacer valer las garantías procesales de las que todo individuo debe gozar.

Dentro de las legislaciones internacionales que han servido como incentivo para el cambio en las leyes reguladoras de la conducta de menores infractores en México<sup>254</sup>, amén de tener relación con el actuar del Comisionado, destacamos la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por nuestro país el 21 de octubre de 1990<sup>255</sup>; las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobada el 29 de noviembre de 1985; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, aprobada el 14 de diciembre de 1990; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990; la Resolución 45/115 de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1990, relativa a la utilización de niños como instrumento para actividades delictivas; el inciso f), del párrafo V, del artículo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas firmada en Viena, Austria en 1985; y las Reglas

---

<sup>254</sup> Desde la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, se parte del principio “Que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

<sup>255</sup> De tal forma la Convención ha sido celebrada por el Presidente de la República con aprobación del Senado, por lo que pasa a considerarse Ley suprema para toda la unión.

Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)<sup>256</sup>.

## II. LETRADO O ABOGADO DEFENSOR

No existe demasiado material relacionado con la institución del Letrado o Abogado Defensor<sup>257</sup>, sin embargo, la información que hemos recopilado servirá para referir algunos antecedentes históricos de manera general de esta figura, y tener una idea así de la importancia de la misma y de su intervención a través del tiempo en los procesos, especialmente en el penal, explicando por consiguiente su evolución histórica, profundizando en particular respecto a su historia en España y México, con base en los precedentes legislativos trascendentales, relacionando en su momento la legislación vigente que regula su actuar en ambos países, respectivamente, para tratar por último su participación a través del tiempo en los procesos instaurados en contra de los menores infractores tanto de manera general, como en particular respecto a los países de España y México también, ello con apoyo en precedentes legislativos. Asimismo, mencionaremos la legislación vigente tanto de carácter nacional, como internacional, relacionada con sus funciones en materia de menores.

---

<sup>256</sup> Cabe señalar que el reconocimiento de los instrumentos legislativos de carácter internacional que en materia de menores ha firmado México, tiene sustento en el artículo 133 Constitucional que señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del senado, serán la Ley suprema para toda la unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

<sup>257</sup> “Abogado (del latín *Advocatus*=llamado) es el título que se da usualmente a los licenciados o doctores en derecho y, en un sentido más restringido y apropiado, a quienes, poseyendo uno u otro título, se dedican a defender en juicio los derechos e intereses ajenos, y a contestar las consultas y dar dictámenes sobre las cuestiones jurídicas que se les plantean. Se les llama también letrados (hombres de letras, doctos). Equivale igualmente en nuestro idioma a estos significados: Protector, Defensor, el que intercede, media, ruega o suplica a favor de otro. Por eso abogar (de *ad-vocare*=llamar) es sinónimo de defender en juicio, interceder a favor de alguno o de algo; auxiliar, proteger, asesorar”; **FERNÁNDEZ SERRANO**, *La abogacía en España y el mundo*, Librería Internacional de Derecho, Madrid, 1955, pág. 61.

## 1. Antecedentes históricos generales del Letrado o Abogado Defensor

Empezaremos mencionando que la defensa es un derecho natural, inherente a la condición humana. En efecto, la misión de abogar nace como consecuencia del derecho natural de defensa y la complicación de las leyes<sup>258</sup>. En tal sentido, MERCADER apunta que: “El Abogado aparece en la historia traído por la idea de la igualdad que se necesita para restablecer el equilibrio en favor de las personas a quienes ciertos sucesos colocan en posición de desventaja<sup>259</sup>”.

Por tal motivo, los hombres empezaron a interesarse por el estudio de la Ley, al grado de que tanta fue la pasión de algunos por este tema, que llegarían a obtener el reconocimiento de “Sabios” y “Filósofos”, toda vez que sus respuestas despertaban verdadero interés. Estas personas, a quienes se les consideraba a su vez maestros, solían pasearse por el foro, apareciendo después sentados en su “Atrium” rodeados de gente, a la que también asesoraban, amén de que hemos señalado que la misión de abogar, nacería como consecuencia del derecho de defensa. Las funciones de dichos maestros se tornarían tan importantes que el senado romano las llegó a oficializar alguna vez de manera implícita<sup>260</sup>.

El llamado “Defensor Plebis”, históricamente, llevó a cabo una función protectora de la clase social que amparaba, por lo que es insoslayable la trascendencia y la función del mismo para la consecución de un Estado de derecho<sup>261</sup>.

Respecto a otras de las formas en que se ejercía el derecho de defensa y de quienes estaban facultados para ejercerlo, ANTONIO FERNÁNDEZ SERRANO expone: “En Roma, en los primeros tiempos, esta misión estuvo confiada al Patriciado, y en íntima

---

<sup>258</sup> Ibidem., op. cit., pág. 62.

<sup>259</sup> MERCADER, “Abogados”, en *Revista de Derecho Procesal*, Año I, 1943, pág. 229.

<sup>260</sup> Ibidem; op. cit., pág. 232.

<sup>261</sup> RENDÓN HUERTA BARRERA, “La defensoría de oficio en materia administrativa en el Estado de Guanajuato”, en *Investigaciones Jurídicas*, Universidad de Guanajuato, México, Enero-Junio, 2000, pág. 114.

conexión con la organización política de aquel pueblo. Los Patronos nobles, dispensaban su protección a los clientes plebeyos. Si tal institución pudo bastar en una época, en la que no existían leyes escritas, la marcha de los tiempos fue imponiendo una evolución en las costumbres, y así en las Leyes de las XII Tablas ya se vislumbra la defensa en juicio, fuera de aquel privilegio concedido al Patrono, toda vez que existía la posibilidad de que los plebeyos pudieran postular. La transformación del régimen político influyó de modo decisivo al ir evolucionando aquella República aristocrática primitiva hacía otra más popular, sobre la base del sistema electivo, en la que la plebe tomaba parte en la marcha política de la Ciudad. Desde tal momento, la asistencia judicial dejó de ser un privilegio de clase para convertirse en una función de ciudadanía. Las Leyes de las XII Tablas, a que antes aludimos, hacen referencia a los Abogados, y en tiempos de Rómulo, se alude a Patronos y Abogados, según una cita de Dionisio de Halicarnaso<sup>262</sup>. Como se observa, la figura del Abogado, estaba reflejada en los Patronos, quienes llegaron a ejercer la defensa en juicio, llegando incluso a estar regulada en leyes.

Cabe señalar que con el tiempo, los deberes del viejo Patronato se extendieron hasta los litigios<sup>263</sup>. Pero como todos los Patricios durante su turno, no fueron aventajados en las alegaciones planteadas entre las familias y la plebe, aparecieron terceros que se encargaron de suplir las oraciones de los litigantes, siendo así como surgiría el Abogado, quien en ese entonces era un poco más que un expositor de los hechos, no teniendo gran valor sus opiniones jurídicas, amén de que era pocas veces un conocedor profundo de los principios del derecho, situación que cambió con los años, ya que nacerían los juristas literatos, dedicados con devoción a su labor<sup>264</sup>.

Así pues con el advenimiento del Patronato en el derecho romano, se concede intervención a los terceros en el desarrollo de los actos procesales, ya que antes

---

<sup>262</sup> **FERNÁNDEZ SERRANO**, *La abogacía en España...*, op. cit., págs. 62-63.

<sup>263</sup> En el Derecho Romano a la defensa se le dio gran importancia, fundándose en un principio la institución del Patronato. El Patronato, ejercía algunos actos de defensa en favor de los procesados, y más tarde, se construyó a pronunciar un discurso en favor de lo criminal. Cfr. **COLÍN SÁNCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos...*, op. cit., pág. 242.

<sup>264</sup> V. **MERCADER**, "Abogados...", op. cit., págs. 233-234.

correspondía al Patronato, facultativamente, representar y proteger a sus clientes; en efecto, la costumbre admitió que en el proceso penal se presentará un “Patronus” o “Causiduis”<sup>265</sup>.

Con las complicaciones del procedimiento y el desenvolvimiento de las leyes apareció el “Advocatus”<sup>266</sup>, perito en derecho y consejero de dicha ciencia, dedicado por profesión a esclarecer las cuestiones jurídicas enredadas y difíciles, naciendo así la abogacía como profesión, la cual a finales del Imperio alcanzó gran prestigio e influencia, según aparece en el “Código de Justiniano” y en las “Constituciones de los Emperadores”<sup>267</sup>.

Así entonces en la época imperial surgen los “Advocati”, y en el Libro I, Título III, del Digesto, se destina un capítulo titulado “De Procuratoribus y Defensoribus”, el cual reglamentaba las funciones de los defensores. Posteriormente, en el derecho germánico, el cual se caracteriza por su formalismo, aparece la figura del “Intercesor”, quien empleaba en su actuación fórmulas consagradas para la validez de los actos judiciales<sup>268</sup>.

En el derecho ático la víctima y el acusado comparecían personalmente ante el tribunal del pueblo, para exponer verbalmente su caso. No se admitía la intervención de terceros, pero se aceptaba que éstos redactaran discursos llamados “logógrafos”, que tenían que ser leídos en público por los comparecientes<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia”, en *Lex*, No. 98, 3ª Época, Año VIII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Agosto, 2003, pág.19, y **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa”, en *Criminalia*, No. 18, Año VIII, México, Septiembre, 1942, pág. 9.

<sup>266</sup> Posteriormente, el defensor se transformó en consultor, en un verdadero “Advocatus”; quien por sus conocimientos en jurisprudencia, se hacía cargo del patrocinio del procesado; no conformándose únicamente con la pronunciación del discurso, sino conjugó la técnica y la oratoria. Cfr. **COLÍN SÁNCHEZ**, *Derecho mexicano de procedimientos...*, op. cit., pág. 242.

<sup>267</sup> V. **FERNÁNDEZ SERRANO**, *La abogacía en España...*, op. cit., pág. 63.

<sup>268</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.19, y **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La Defensa...”, op. cit., pág. 9.

<sup>269</sup> **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., pág. 9.



Respecto a la defensoría gratuita, históricamente ésta surge con toda precisión en el siglo IV de nuestra era, con la figura del llamado “Defensor Civitatis”, funcionario creado en la época de Valentiniano, el cual protegía a las clases más humildes de los abusos de los poderosos, aunque éstos estuviesen revestidos de autoridad. Su designación correspondió, sucesivamente al “Praefectus Praetorio” de la Ciudad, más tarde, a la clase social elevada de los obispos, clérigos, “Honorati”, “Cuariales” y “Poseores”. Justiniano reglamentó el cargo adoptando muchas precauciones para evitar la acostumbrada corrupción<sup>270</sup>.

A efecto de dar sustento jurídico a las nuevas prácticas judiciales, se recurrió a la elaboración tardía del derecho romano, que había acuñado en la época del Imperio los procedimientos extraordinarios, para aquellos casos en que se estaba ante infracciones concernientes al Estado, y a la religión<sup>271</sup>. A su vez, se introdujo aspectos del derecho canónico, con el que se plasmó el sistema inquisitivo, opuesto al acusatorio, dentro del cual la razón del Estado sería el valor predominante, y la afirmación de la autoridad, como principio operativo. Por lo que, dentro de tal sistema en el que se fundieron acción y jurisdicción como único poder absoluto, el imputado no era considerado como sujeto, desapareciendo todos sus derechos, ya que lo que importaba era la efectividad de la investigación sin ninguna traba, para después aplicar y dar cumplimiento al castigo. Dicha relación de poder generó procedimientos judiciales secretos, alejados de todo control y participación popular<sup>272</sup>. El Inquisidor, era a la vez acusador y juzgador, y el imputado,

---

<sup>270</sup> **RENDÓN HUERTA BARRERA**, “La defensoría de oficio en materia administrativa en el Estado de Guanajuato...”, op. cit., pág. 114.

<sup>271</sup> En este sentido, nos parece importante señalar que a principios del cristianismo se pueden observar las primeras manifestaciones en contra de las autoridades del Imperio Romano, quienes perseguían a los seguidores de las enseñanzas de Jesús, y a quienes no se les daba la oportunidad de demostrar su inocencia en relación con las imputaciones de que eran objeto, comenzándose a argumentar como injusta la persecución y condena. En efecto, no se les escuchaba, ya que se consideraba que bastaban los meros indicios y testimonios de fama para dar por acreditado un hecho, abogándose para que en vez de proceder así, se hiciera un examen del delito o faltas imputadas, etc. A partir de ello, muchas veces se fueron levantando a lo largo de la historia apelando en el mismo sentido, contribuyendo para que en un futuro el derecho de defensa fuera entendido como garantía fundamental de toda estructura jurídica que se le conociera como tal.

<sup>272</sup> En efecto, los Estados nacionales contaban con el régimen de realización penal, conocido entonces como “la Inquisición”, el cual significaba un procedimiento escrito y secreto, encaminado a indagar sobre una realidad física, conducida por el Inquisidor, en el cual el autor sospechoso como objeto de esa investigación, no contaba con defensa, ya que se consideraba que si era inocente, el buen Inquisidor así lo determinaría, y si era culpable, pues no merecía defensa. Por lo tanto, no existía la necesidad de la defensa, y la decisión se

simplemente era un sometido, que tendría que soportar los sucesos averiguativos, sufriendo lo más probable, la aplicación de un castigo. Como se desprende, la finalidad del sistema entero de ese entonces, era destruir al imputado utilizando mecanismos y funcionamientos secretos revestidos de poder, dejando al mismo en un total estado de indefensión<sup>273</sup>.

Así pues en el sistema inquisitivo, no existía la defensa<sup>274</sup>, aunque posteriormente se llegó a permitir algunas intervenciones del Defensor en la investigación, aunque su participación prácticamente era nula, ya que existieron preceptos restrictivos que imposibilitaron toda actividad defensiva. Dichos preceptos consistieron en el secreto del sumario; la incomunicación del imputado que comprendía incluso el contacto con su Abogado Defensor; la carencia de informaciones; la absoluta discrecionalidad del órgano investigador; la ausencia de medios legales que permitiesen la formulación de instancias, que caracterizaban tanto a los actos preliminares como a la instrucción formal. Con lo cual se configuró un panorama de restricciones de acción para la defensa. Así pues en el sistema

---

adoptaba sin debate previo, tampoco existiendo la necesidad de un acusador. El Inquisidor reunía todo el poder para la realización de la Ley penal y lo hacía de oficio, sin necesidad alguna de excitación extraña, poder que emanaba antes bien de una objetivación abstracta, a priori, del daño concreto provocado por la acción u omisión contraria a derecho (objetivación luego racionalizada bajo el concepto de bien jurídico). Bastaba, entonces, el Inquisidor, para la realización completa del derecho penal. Cfr. **MAIER**, “El Ministerio Público: ¿Un adolescente?...”, op. cit., págs. 21-22.

<sup>273</sup> V. **VÁZQUEZ ROSSI**, *La defensa penal*, Rubinzal-Culzoni, Editores, Argentina, págs. 34-35.

<sup>274</sup> En el proceso inquisitivo la búsqueda de la verdad se atribuye en exclusiva al tribunal, y al imputado no le quedaba otro papel que el de ser medio de esa búsqueda, el de ser objeto del proceso. De hecho no habrá sitio para el Abogado Defensor pues este podía entenderse como un obstáculo para la actividad del tribunal, a quien también en exclusiva correspondía la protección del inocente. El proceso inquisitivo era la expresión lógica de la potestad punitiva del antiguo Estado absoluto o de los modernos Estados totalitarios. El principio del Estado de derecho determina también la estructura del proceso penal. El Estado de derecho establece su vinculación a la Ley y la justicia, y ello determina la ordenación de la averiguación de la verdad en un proceso penal ajustado a sus principios. Dos metas igualmente importantes ha de lograr cualquier proceso penal. Por una parte, debe asegurar al Estado la posibilidad de realizar su poder sancionador, y por otra ofrecer a los ciudadanos las garantías necesarias contra cualquier tipo de excesos que puedan hallarse implicados en el ejercicio del poder coercitivo del Estado. El principio de separación de poderes propios del Estado de derecho, también se refiere a su poder sancionador y a su ejercicio, y exige la separación de la instrucción, acusación y enjuiciamiento, delimitando y controlando el poder estatal para evitar su ejercicio abusivo. Pues bien, para que el imputado pueda convertirse en sujeto del proceso y para que éste se lleve a cabo con la contradicción propia del principio acusatorio de la división de poderes del Estado de derecho, es preciso que se cuente con un Abogado Defensor de la confianza del imputado, o que se le asigne por no haber hecho uso de su derecho a nombrarlo. Para hacer realidad lo expuesto, por una parte el Abogado Defensor establece en el proceso penal la posición del imputado, controlando los actos del poder en beneficio exclusivo de su cliente. Por otra parte, el Abogado Defensor tiene la obligación de no impedir el desarrollo legal justo del proceso. V. **AUGER LIÑAN**, “El papel y la posición del Abogado Defensor en el curso del procedimiento penal y el comportamiento que de ellos se deriva”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 14, 1985, págs. 13-14.

de enjuiciamiento inquisitorio donde los jueces asumían las tres funciones que caracterizan al sistema acusatorio moderno, llegó a existir el Defensor así como el Fiscal, pero su actuación pasaba inadvertida debido al predominio que tuvo el Juez en el proceso, amén de haber legislaciones como la Ordenanza Criminal Austriaca, en la que se le excluía durante el sumario.

Como consecuencia y contra la práctica de tan injusto funcionamiento judicial fueron produciéndose, aunque de forma lenta, y luego de manera fundamental, críticas y cuestionamientos respecto a los notorios abusos y arbitrariedades de que era objeto el imputado, formándose con ello una diversa concepción del mismo, reconociéndosele su valor como individuo<sup>275</sup>.

Es así como en algunas legislaciones se empieza a regular la participación del Abogado Defensor, como por ejemplo, en la Constitución Carolina de 1532, se reconoce al inculcado el derecho de encomendar su defensa a un tercero<sup>276</sup>. Las leyes de 1791 creadas por la Asamblea Constituyente que regulaban el proceso penal francés, establecieron el principio de obligatoriedad de la defensa pública<sup>277</sup>. Ya en el Código de Instrucción Criminal de la República Francesa de 1811, y en el procedimiento penal alemán de 1877, la intervención del Defensor era obligatoria para los “crimines” y potestativa para los delitos<sup>278</sup>. En España, en el Fuero Juzgo y la Nueva Recopilación, se faculta a los judicantes para requerir a los profesores de derecho y a los Abogados particulares, que destinen

---

<sup>275</sup> “Contra tal tipo de funcionamiento judicial, tanto respecto de su práctica como de las ideas sobre las que se asentaba, por cierto ligadas en su época de mayor esplendor a las líneas de pensamiento y directrices del régimen absolutista monárquico, fue produciéndose una, al principio lenta y luego cada vez más radical, crítica cuestionadora, asentada no sólo sobre la denuncia de los notorios abusos y arbitrariedades, sino sobre una diferente concepción del mundo; ésta atendía al valor del individuo, las limitaciones y contralor del poder, como así también a las bases del mismo y a las condiciones para su válido ejercicio. Sin exageración, puede afirmarse que se asiste a una verdadera batalla de ideas, donde el cuestionamiento a los esquemas imperantes va adquiriendo firmeza y radicalidad creciente”, *Ibidem*; op. cit., págs. 35-36.

<sup>276</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág. 19, y **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., pág. 9.

<sup>277</sup> **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág. 19.

<sup>278</sup> **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., pág. 9.

algunas horas de su trabajo a efecto de defender a los pobres y desvalidos. Dicha disposición trascendió hasta la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español de 1882, vigente en la Nueva España, en que se origina el concepto de defensores de pobres y se reconoce el beneficio de la pobreza, conociéndosele en otros países como “Patrocinio gratuito”<sup>279</sup>.

Cabe señalar que los pensadores iluministas fueron quienes pusieron especial interés respecto a las cuestiones sustantivas y procesales penales. Los atropellos de la Inquisición, los horrores e intolerancias de las guerras de religión, la discrecionalidad arbitraria de gobernantes y jueces, el uso generalizado de la tortura, la carencia de garantías del imputado, y el terrible carácter de las penas, fueron los mayores motivos por los que se abogó por una mayor benignidad en la punición, por una previa determinación de los delitos, por contrarrestar el uso del tormento, por terminar con las arbitrariedades de los funcionarios, y por la existencia de garantías en el procedimiento<sup>280</sup>. Estas razones contribuyeron para que el individuo se convirtiera en sujeto de derecho y dejara de ser objeto de la arbitrariedad del poder, creándose un sistema de garantías, donde los derechos de las personas se intentasen conciliar con la pretensión punitiva, basado en la necesidad de arbitrar medios para la defensa del bienestar y el interés general, sustentado en principios superiores, consistentes precisamente en la dignidad y valor de la persona, y en la serie de derechos fundamentales que de ellos se derivarían<sup>281</sup>.

Así pues, la defensa del individuo por el derecho frente al Estado, propagó el valor de la seguridad, es decir, seguridad en los derechos de la dignidad, de la vida, de la libertad, de la integridad física y moral, y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual, constituyéndose todo ello en garantías, las cuales consagrarían que el individuo no puede ser sometido a detenciones arbitrarias, ni a penas degradantes, no puede ser

---

<sup>279</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág. 19.

<sup>280</sup> “Desterrado ya el viejo principio del proceso penal inquisitivo consistente en afirmar que la mera existencia de indicios era suficiente para sujetar, sin posibilidad de defensa alguna, a una persona a la pesada carga de la instrucción sumarial, desde que el imputado de objeto del proceso ha pasado a ser sujeto del mismo, se ha puesto en evidencia la necesidad de la defensa procesal”, **GIMENO SENDRA**, “La naturaleza de la defensa penal y la intervención del Defensor en la instrucción”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1979, págs. 103-104.

<sup>281</sup> Cfr. **VÁZQUEZ ROSSI**, *La defensa penal...*, op. cit. págs. 39-40.

vejado, torturado, ni tratado inhumanamente y, especialmente, reconocérsele el derecho a ser oído públicamente por un tribunal independiente, imparcial y justo, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación en materia penal, al igual que tendría el derecho a ser considerado inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad de acuerdo con la Ley, en un juicio público, en el que se le haya provisto de todas las garantías necesarias para su defensa. Es así como se establecería la estrecha relación entre el valor esencial de la persona y su derecho a la defensa, ante la imputación y la pretensión punitiva de los poderes públicos<sup>282</sup>.

En las garantías referidas, observamos ya que la defensa figura con claridad, por lo que la persona sometida a proceso por la comisión de alguna infracción al ordenamiento penal, tiene el derecho mínimo de conocer el hecho que se le atribuye, la oportunidad de ser escuchado, contar con asistencia letrada, y ser sometido a un enjuiciamiento público y racional.

De tal manera el derecho de defensa<sup>283</sup> y las garantías que lo rodean, forman unas de las condiciones preestablecidas por los ordenamientos constitucionales, para la válida realización del derecho penal a través del proceso penal, y los diversos procedimientos que se establezcan al efecto, los cuales deberán implementar con la necesaria amplitud y operatividad, formas para hacer efectiva la defensa, ya que su ausencia y restricción indebida descalificaría lo actuado.

Pero la defensa además, debe concebirse con su necesario complemento de un asesoramiento y asistencia técnica. Así pues, el designar Letrado o Abogado Defensor es una manifestación del derecho de defensa. En efecto, la persona sometida a proceso penal, desde que se le considera imputado y durante todo el desarrollo del proceso, en cualquier

---

<sup>282</sup> “El cable histórico se apoya con firmeza en el soporte encendido de la revolución francesa, que proclama el derecho humano de la defensa con vigor renacido: Nadie puede ser condenado sin ser oído”, **JIMÉNEZ ASENJO**, “La defensa penal”, en *Revista de Derecho Judicial*, No. 7, Año II, Julio-Septiembre, 1961, pág. 24.

<sup>283</sup> El concepto de defensa debe ser entendido como uno de aquellos con rango fundamental dentro del ordenamiento procesal. Cfr. **VÁZQUEZ ROSSI**, *La defensa penal...*, op. cit., pág. 127.

momento, debe contar con asistencia y representación letrada, ya que la falta de ella lo colocaría en un estado de indefensión<sup>284</sup>.

## **2. La importancia de la intervención del Letrado o Abogado Defensor a través de la historia. Aspectos generales**

La institución de la defensa representa una función de enorme interés, y es que desde las más antiguas legislaciones, se ha reconocido al inculpado el derecho de ser escuchado por los jueces y de ofrecer todas las pruebas que estime conveniente para su defensa, logrando, a través del tiempo, cobrar un papel relevante.

Partiendo desde los comienzos griegos, en que el imputado ejercía personalmente su defensa, pasando por los tiempos medios, en que la defensa era restringida y el Defensor carecía prácticamente de toda intervención en el proceso inquisitivo, hasta llegar a la época moderna en que se consagró la necesidad de contemplar este derecho e imponer la presencia de esta figura en los procesos de carácter penal, se ha llegado a considerar hoy en día al Abogado Defensor o Letrado, como un necesario cooperador de la administración de justicia, y parte fundamental en el proceso, estando encargado de la defensa, no de lo que eventualmente quiere pensarse, sino de las bases objetivas y fundadas que conducen al pronunciamiento justo<sup>285</sup>.

La defensa como derecho fundamental de toda persona, se ha reconocido universalmente, aunque cabe señalar que la posición del Abogado Defensor o Letrado en el

---

<sup>284</sup> Con relación a la Abogacía y sistema de administración de justicia en España no podemos dejar de consultar **JIMÉNEZ ASENSIO**, “Abogados. Enseñanza del derecho y administración de justicia (En torno a algunos problemas institucionales de la abogacía española en el siglo XXI)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 6, 2003, págs. 187-251.

<sup>285</sup> En el sistema inglés existen dos figuras diferenciadas en el ejercicio profesional de los Abogados: El Barrister y el Solicitor. Ambos son Abogados pero sus ámbitos profesionales están claramente diferenciados. **ABAITUA GUZMÁN**, “Breve estudio del sistema de abogacía, judicatura y algunos conceptos históricos del mundo jurídico anglosajón”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, No. 12, 1998, pág. 34.

proceso penal y las relaciones jurídicas que crea su actuación, se ha interpretado de distintos modos: el Defensor del inculcado desempeña el papel de un simple mandatario; es un órgano cooperador de la administración de justicia; es un asesor técnico que por sus conocimientos en la ciencia del derecho socorre al inculcado en el ejercicio de sus derechos procesales; es un órgano imparcial de la justicia como lo son los tribunales; no se considera mandatario, ya que si lo fuese tendría que ajustar sus actos a la voluntad expresa del mandante y, en la interposición de recursos u otros medios legales para impugnar las resoluciones judiciales, necesitaría contar con el expreso consentimiento del acusado para intentar el recurso procedente<sup>286</sup>.

El buen Defensor debe realizar dentro del proceso una doble actividad, toda vez que su función es defender al imputado frente a los hechos y frente al derecho. Con relación al primer aspecto, dependiendo las circunstancias puede tratar de demostrar la inexistencia de éstos, pero si ello no es posible puede pretender desvirtuarlos, o buscar su modificación en relación con la forma como son presentados por la acusación, de la misma manera que puede pretender modificar la posición de su defendido frente a ellos. En dicha actividad el Defensor goza de absoluta libertad probatoria (entendiendo la expresión dentro de los límites constitucionales impuestos en relación con la legalidad de la prueba), y por ello puede recurrir a las pruebas mencionadas por las normas procesales, y en general a todo hecho que de una u otra forma tenga capacidad de probar algo, así no estuviese específicamente mencionado como medio de convicción<sup>287</sup>.

Así pues su actividad defensiva versa en relación con la interpretación de las normas del derecho penal material y procesal aplicables al caso, debiéndose auxiliar para ello de los principios generales del derecho, la doctrina, la jurisprudencia, no sólo de los

---

<sup>286</sup> Cfr. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, “La defensa...”, op. cit., págs. 11-12.

<sup>287</sup> SAAVEDRA ROJAS, “Derecho a la defensa”, en Derecho Penal y Criminología, *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, No. 56, Vol. XVII, Universidad Externado de Colombia, Mayo-Agosto, 1995, pág. 61.

tribunales nacionales, sino especialmente de los tribunales internacionales que protegen los derechos humanos<sup>288</sup>.

La eficacia de la defensa en gran medida depende de la persona o personas que han de desempeñar esta función. Por ello, incluso se ha llegado a decir, que es preciso que la selección del profesional que desempeñe el cargo sea del todo cuidadosa, ya que no sólo se requiere saber derecho y conocer el entramado procesal, sino reunir entre otras las cualidades siguientes: filantropía (amor al género humano), altruismo (esmero abnegado en el bien ajeno), vocación de servicio (de donde se derivara el trato respetuoso y comedido hacia los demás), afabilidad, responsabilidad, veracidad, dominio de la materia<sup>289</sup>.

### 3. El Letrado Defensor y su evolución en España

Algunos autores refieren que los primeros antecedentes del Abogado Defensor en España los podemos encontrar en el Fuero Juzgo<sup>290</sup>, así como en el Fuero Municipal<sup>291</sup>, en donde aparecían disposiciones referentes a las actuaciones por otro en juicio, sin embargo, se confundía la misión de abogar con la de representar. En el Fuero Real, reaparecería el Abogado, considerado “Bozero”, pero no fue hasta las Partidas<sup>292</sup> donde se establecieron sus funciones peculiares y delimitadas. Mas tarde, en la Novísima Recopilación<sup>293</sup>, el concepto de Abogado también se plasmaría, aunque sólo se aludió de las actuaciones forenses. Se considera que ni las Ordenanzas de las Audiencias, ni la LOPJ, ni las leyes

---

<sup>288</sup> Ibidem.

<sup>289</sup> Cfr. **RENDÓN HUERTA BARRERA**, “La defensoría de oficio en materia administrativa en el Estado de Guanajuato...”, op. cit., pág. 114.

<sup>290</sup> El Fuero Juzgo no admitía en un principio más que la intervención directa de las partes en el proceso judicial, aunque en algunos casos establecía la obligación de hacerse representar por personeros.

<sup>291</sup> En el Fuero Municipal encontramos también indicios de la intervención por otro en juicio, permitiéndose representación en voz, ostentando el nombre de Personero o Bozero, no haciendo distinción alguna entre representación y defensa.

<sup>292</sup> En Las Leyes de Partidas, se encontraría la exposición sistematizada de la organización profesional de los Abogados.

<sup>293</sup> La Novísima Recopilación dedica las treinta leyes del Título XXII, del Libro V, a los Abogados.



procesales, definieron al Abogado Defensor, ya que dieron por conocido dicho concepto, y sólo se preocuparon de regular su oficio de manera incompleta<sup>294</sup>.

Dentro de los precedentes legislativos más relevantes de la abogacía en España podemos mencionar: la Real Provisión de 21 de agosto de 1770, que ordenó la designación de Abogados examinadores en la Corte y en las Audiencias; la Real Cédula de 29 de agosto de 1802, que reorganizó los estudios de derecho; las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835, que contenía artículos dedicados al Abogado<sup>295</sup>; la Real Ordenanza de 28 de mayo de 1838, que aprobó los Estatutos de los Colegios de Abogados<sup>296</sup>; la Real Ordenanza de 31 de marzo de 1863 que dispuso que los Abogados podían ejercer libremente la profesión en todo el territorio de la Monarquía, en que no hubiera colegio, mediante su inscripción en el juzgado correspondiente; la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, que reguló algunas actuaciones del Abogado; la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 17 de septiembre de 1882, que destacó la intervención del Letrado en todos los procesos, y la facultad de los procesados para designar Abogado que les defendiera, a partir del momento de notificación del auto de procesamiento; y el Decreto del 28 de Junio de 1946, mediante el cual se aprobó el Estatuto General de la Abogacía, que reguló la organización profesional de éstos.

Observando éstos precedentes, nos percatamos de las primeras apariciones de la figura del Abogado en las Cortes y Audiencias; la regulación de los estudios del derecho para los mismos, lo que significó una mayor preparación; especificaciones plasmadas en artículos respecto a sus funciones y participación; la organización del Colegio de Abogados; el libre ejercicio de su profesión, siempre y cuando cumpliera con los requisitos; y la intervención del Abogado Defensor en todos los procesos, así como la organización de éstos a través del estatuto correspondiente.

---

<sup>294</sup> V. **FERNÁNDEZ SERRANO**, *La abogacía en España...*, op. cit., págs. 63-64 y 72.

<sup>295</sup> Éstas se consideran un verdadero código judicial y antecedente inmediato de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

<sup>296</sup> Ésta sería modificada posteriormente por el Real Decreto de 26 de septiembre de 1844.

Todo lo anterior contribuyó a la creación del Estatuto General de la Abogacía (Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio). Para ello, con fundamento en el artículo 6.2 de la Ley de Colegios Profesionales, el Consejo General de la Abogacía, elabora un proyecto de Estatuto General, mismo que a través del Ministerio de Justicia fue sometido a la aprobación del Gobierno y, con el dictamen del Consejo de Estado, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros en reunión del 23 de junio de 1982, se aprueba.

El 31 de mayo de 2001 se suscribe un Pacto de Estado para la reforma de la justicia, impulsando un nuevo modelo de justicia que garantice con rapidez, eficacia y calidad, los derechos de los ciudadanos. En ese sentido los Abogados también juegan un papel esencial, y precisamente el punto 20 del Pacto de Estado, relativo a los Abogados, prevé de manera explícita la aprobación de un nuevo Estatuto de la Abogacía, que constituya un nuevo marco normativo para el ejercicio de la profesión, aprobándose mediante Real Decreto, la propuesta que el Consejo General de la Abogacía ha elevado al Gobierno en uso de las facultades de autorregulación que tiene atribuidas, dándose origen al nuevo Estatuto General de la Abogacía (Real Decreto 658/2001 de 22 de junio)<sup>297</sup>.

Cabe señalar que tanto el Estatuto anterior como el actual<sup>298</sup> contemplan una serie de normas para el buen desempeño de la Abogacía, dentro de las cuales destacamos la colaboración en la promoción y administración de justicia; la ostentación de la representación que establezcan las leyes para el cumplimiento de sus fines, la participación en materias de la profesión, la ostentación en su ámbito de la representación y defensa de la

---

<sup>297</sup> Para alcanzar una justicia más ágil y eficaz resulta fundamental modernizar la regulación de la profesión de Abogado como colaborador necesario de la función jurisdiccional. El papel que desempeña el Abogado en el ejercicio de su profesión y en defensa de su cliente, contribuye activamente a mejorar e incrementar la calidad de la justicia. Este Estatuto en su primer artículo define la función y características de la abogacía, como una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público. Asimismo, la propia Constitución (RCL 1978, 2836) consagra en su artículo 24 el derecho de los ciudadanos a la defensa y asistencia letrada. Esta función atribuida en exclusiva a la Abogacía y desarrollada por la Ley Orgánica del Poder Judicial (RDL 1985, 1578, 2635), se inspira en una serie de principios ampliamente desarrollados y reforzados por el nuevo Estatuto.

<sup>298</sup> Un análisis a dichos Estatutos lo podemos consultar en la obra de **GAY MONTALVO**, “El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: Novedades y permanencias”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2003, págs. 15-51.

profesión ante la administración, instituciones, tribunales, entidades y particulares, con legitimación para ser parte en cuantos litigios y causas afecten a los intereses profesionales y fines de la abogacía, ejercitando el derecho de petición conforme a la Ley; la denominación de Abogados para quienes, incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dediquen con despacho profesional a la defensa de intereses jurídicos ajenos; la facultad para ejercer la abogacía ante cualquier clase de tribunales, incluso los correspondientes a jurisdicciones especializadas; la facultad para el Letrado de que si no se le guarda el respeto debido por el Fiscal, compañero contradictor u otra persona, podrá intervenir haciéndoselo presente al Juez o tribunal para que éste ponga el remedio adecuado; la obligación del Abogado para con la parte defendida del cumplimiento con el máximo celo, diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada; la obligación del Abogado para realizar fervientemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado; la obligación para la abogacía para asumir la defensa de oficio de los que lo solicitasen y quienes hayan acreditado haber obtenido o al menos promovido la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita<sup>299</sup>,

---

<sup>299</sup> La concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita en el orden penal se encontraba regulada, hasta la aprobación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en los artículos 119, 120 y 123 a 140 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción originaria se mantuvo, prácticamente sin ninguna modificación –salvo la reforma puntual del artículo 123 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por Ley de 14 de abril de 1955- durante más de un siglo. El desarrollo del mandato Constitucional establecido en el artículo 119 según el cual “La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, fue posteriormente recogido por los artículos 20 y 440.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que remiten al legislador ordinario la regulación del sistema, obteniéndose como fruto la aprobación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual tiene por objeto determinar el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 Constitucional, y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad (vid. sobre este derecho la STC 16/1994, de 20 de enero, donde se resume la práctica totalidad de la jurisprudencia Constitucional al respecto), siendo la misma de obligada observancia en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo Constitucional (vid. Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 18 de junio de 1996), e incluso, en un estadio procesal, en el trámite de asesoramiento previo al que se refiere el artículo 6 de la propia Ley. La Ley ha sido desarrollada por el RD 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba su Reglamento (RAJG). En la Exposición de Motivos observamos que se justifica la reforma ante la necesidad del legislador ordinario de dar cumplimiento a la encomienda Constitucional de que se articule un sistema de justicia gratuita para aquellos que carezcan de recursos económicos. Desde esta perspectiva, la citada Exposición de Motivos considera que los derechos otorgados a los ciudadanos en el artículo 24 de la Constitución Española son “corolario de la concepción social o asistencial de un Estado democrático de derecho tal y como ha sido configurado por la norma fundamental”. Como uno de los derechos contenidos en el más amplio derecho a la tutela (art. 24.1 de la CE), el derecho de acceso debe garantizarse a todos los ciudadanos y en especial, según el artículo 119 de la Constitución, a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. De la combinación de ambos preceptos la Constitución Española diseña un marco

amén de que en la jurisdicción penal los Abogados estarán obligados a la defensa, si el interesado solicita el nombramiento de oficio o no designa Abogado; asimismo estarán obligados los Letrados a prestar el servicio de asistencia a detenidos en los términos establecidos en la Ley y normas. A pesar de su importancia, no podemos detenernos en el examen de cada una de estas cuestiones, sin perjuicio de que más adelante abordemos algunas<sup>300</sup>.

#### 4. El desarrollo del Abogado Defensor en México

Los antecedentes del origen del sistema de defensa en México, los encontramos en la época prehispánica, en donde los acusadores y acusados se presentaban ante un juzgador y exponían oralmente sus asuntos, siendo ambas partes auxiliadas por un Abogado llamado “Tepantlato”, quien recibía un pago por sus servicios<sup>301</sup>.

En los inicios de la colonia se estimó conveniente recomendar al gobierno virreinal que Letrados y Procuradores abogasen y procurasen en ella, emitiéndose diversas

---

Constitucional regulador del derecho a la tutela judicial que incluye, por parte del Estado, una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios necesarios para hacer que éste derecho sea real y efectivo, incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos. Las principales novedades introducidas por la Ley se centran en la unificación de la regulación del derecho, que anteriormente se hallaba dispersa en distintos textos legales, en la ampliación del contenido material del derecho y una delimitación más clara del ámbito de sus posibles titulares, en la posibilidad de suavizar el criterio objetivo de mediación de los ingresos o recursos económicos con la apreciación de determinadas circunstancias subjetivas, y en la creación de un procedimiento esencialmente administrativo para el reconocimiento del derecho, sin perjuicio de su posterior control jurisdiccional. Además la Ley regula un sistema de financiación pública y diseña los principios rectores del mismo, con el objetivo de garantizar una adecuada retribución de Abogados y Procuradores, que contribuya a mejorar la calidad del turno de oficio. V. **GARBERÍ LLOBREGAT**, *Los procesos penales, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Tomo 2, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, pág. 216, y **GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA**, *Enjuiciamiento criminal. Ley y legislación complementaria, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1998, págs. 4057, 4064-4065.

<sup>300</sup> Respecto al poder de ostentar el mérito de una Abogacía caracterizada por sus saberes y su templanza, por su buen hacer y su capacidad para dar fluidez a la justicia, así como otros aspectos, ver obra de **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, “Algunas reflexiones sobre los colegios tras el Estatuto General de la Abogacía”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2003, págs. 53-79.

<sup>301</sup> Cfr. **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, Enero-Diciembre, 2000, pág.34.

disposiciones orientadas a la protección y defensa de los naturales, ante la serie de atrocidades de que eran víctimas, especialmente cuando se les imputaba la comisión de delitos o faltas, estableciéndose así el Defensor o Protector de indios<sup>302</sup>.

En los casos de libertad bajo fianza (fianza carcelaria), el fiador (comentáriense) tomaba bajo su cuidado y responsabilidad la custodia del reo, sin que ello implicara la obligación de su defensa. Los imputados contaban con la posibilidad de presentar las pruebas documentales y testimoniales para elaborar su defensa, con el auxilio de un Abogado que podían contratar, y lo referente a sus honorarios, se sustanciaba a partir de los aranceles aprobados por la real audiencia<sup>303</sup>.

El principio de la obligatoriedad en la defensa y el reconocimiento de la suma de garantías para el acusado en México provienen de la Asamblea Constituyente de Francia, al expedirse las leyes que regulan el procedimiento penal, el 29 de septiembre de 1791. Desde el interrogatorio inicial, el acusado tenía derecho a nombrar Defensor y si se negaba a hacerlo, el Juez debía proveer al nombramiento, bajo pena de nulidad de lo actuado. Al inculcado no se le exigía juramento al declarar, sólo se le exhortaba para que se condujera con verdad, pudiendo pedir éste que se le entregasen todas las piezas de autos de manera gratuita, debiendo cuidarse de que estuviese enterado plenamente de los cargos que existían en su contra para que pudiese contestarlos. Dichas ideas fueron consecuencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano, las cuales se sintetizan de la siguiente forma: libertad absoluta en la expresión de la defensa; obligación impuesta a los jueces para proveer al acusado de un Defensor, en caso de rehusarse a designarlo; obligación impuesta a los profesores de derecho y Abogados para dedicar parte de las horas de su trabajo a la atención de la defensa de los pobres de solemnidad; prohibición absoluta a las autoridades judiciales para compeler a los acusados a declarar en su contra; derecho reconocido al inculcado para el nombramiento de su Defensor desde el momento de su detención, y para que éste se encuentre presente en todos los actos procesales, sin que

---

<sup>302</sup> Ibidem; op. cit., págs. 34-35.

<sup>303</sup> Ibidem; op. cit., pág. 35.

pueda negársele el conocimiento de las actuaciones practicadas desde el inicio del procedimiento; obligación impuesta a las autoridades judiciales de recibir todas las pruebas ofrecidas por el acusado dentro del término señalado, y auxiliarlo para obtener la declaración de personas cuyo examen solicite; obligación para el Juez de proveer al nombramiento del Defensor si el acusado se muestra renuente a hacerlo, tan luego como haya rendido su declaración preparatoria<sup>304</sup>.

Las leyes españolas se ocuparon preferentemente de proveer al inculcado de Defensor, debiendo encontrarse éste presente en todos los actos del proceso. En la Nueva Recopilación (Ley 13, Título 23, Lib. 5), se facultaba a los jueces para apremiar a los defensores en derecho y Abogados del foro, para que destinasen parte de sus horas de trabajo diario, en la defensa de los pobres y desvalidos. Las organizaciones y Colegios de Abogados tenían que designar algunos de sus miembros, para que se ocupasen de la atención gratuita de los menesterosos, desde ese entonces se les llamo Defensores de lo Pobres. Dichas prevenciones estuvieron vigentes en México desde antes de la proclamación de la independencia, y se condensaron en la Providencia de la Real Audiencia del 21 de octubre de 1796<sup>305</sup>.

Durante el siglo XIX, surge un antecedente importante de la garantía de protección jurídica al inculcado, al aparecer en el texto de la Constitución de Apatzingán de 1824, en el artículo 30, el contenido de un principio esencial de la defensa del acusado, el cual expresaba que: “todo ciudadano se reputa inocente mientras no se declare culpado”<sup>306</sup>.

El Constituyente de 1824 estableció que los Abogados podían litigar en todos los tribunales de la federación y en todos los juicios, disposición que por primera vez permitió la libre circulación de Abogados, y aunque no se profundizó respecto a las garantías de

---

<sup>304</sup> Cfr. **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., págs. 10-11.

<sup>305</sup> Ibidem; op. cit., pág. 10.

<sup>306</sup> Cfr. **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág.35.

seguridad jurídica de los inculpados, sí se recogió la noción de justicia como servicio público<sup>307</sup>.

Años después ante el reclamo de justicia en el país, la legislatura local del Estado de San Luis Potosí, aprueba la propuesta de Ponciano Arriaga, por lo que surge la Ley de Procuradurías de Pobres, promulgada el 10 de marzo de 1847. Dicha Ley constituye un antecedente ideológico y jurídico que influiría en la garantía de defensa del acusado en la Constitución de 1857, destacada obra del pensamiento liberal mexicano. La Ley de Procuradurías de Pobres, estableció el derecho de defensa exclusivamente para personas desvalidas ante cualquier exceso, agravio o vejación<sup>308</sup>. La Ley de Procuradurías de Pobres de 1847 representa el más acabado intento por dignificar la defensa de los más desprotegidos de la sociedad mexicana<sup>309</sup>.

Así como en la Ley de 17 de enero de 1853, se prevenía que el acusado podía nombrar Defensor, después de concluida la confesión, y en caso de no hacerlo se encargaría su defensa a los Abogados de los pobres<sup>310</sup>, en el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856, en su artículo 52, se establece que en todo proceso criminal el acusado tiene derecho a que se escuche su defensa<sup>311</sup>.

Por otro lado la Constitución Política de 1857, en su artículo 2º, señala que en todo juicio criminal, el acusado tiene las siguientes garantías: que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad; en todo caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio, para que elija el que le convenga<sup>312</sup>.

---

<sup>307</sup> Ibidem.

<sup>308</sup> Ibidem.

<sup>309</sup> **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.19.

<sup>310</sup> **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., pág. 11.

<sup>311</sup> **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.19.

<sup>312</sup> Ibidem.

Se dice que todos los Abogados del foro tenían el deber de patrocinar gratuitamente a los pobres debido a la obligación contraída al recibir sus títulos profesionales, sin que dicha obligación sea contraria a lo establecido por el artículo 5º, de la Constitución Política de 1857, que sólo prohíbe los servicios forzados de persona a persona, pero no los que todo ciudadano está obligado a prestar a la sociedad. Dicha obligación existió desde el Estatuto de 23 de mayo de 1829, y al triunfo de la República se afirmó con la expedición de la Ley Orgánica de Agentes de Negocios de 17 de octubre de 1867, que imponía a los legos el deber de defender gratuitamente a los pobres de solemnidad<sup>313</sup>.

Con el triunfo de la República, al promulgarse la Ley de Jurados de 15 de junio de 1869, dispone el artículo 11 que inmediatamente después de dictado el auto de formal prisión, se notificara al reo para que nombre Defensor, o en su defecto, el Procurador de la Defensa como órgano auxiliar del acusado, lo proveerá de un experto en derecho para que lo aconseje. Estos principios comprendidos en las leyes procesales se han ido robusteciendo, para quedar consagrados en la Carta Fundamental de la República, y desde el Código Penal de 1871 (artículo 1040), se penó a quien negase al acusado datos para su defensa<sup>314</sup>.

La Constitución de 1917, en su texto original, establece en su artículo 20, que en todo juicio del orden criminal el acusado tiene las siguientes garantías: se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad, y en caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que le convenga. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el Juez le asignará uno de oficio. El acusado podrá nombrar Defensor<sup>315</sup> desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a

---

<sup>313</sup> Cfr. **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, “La defensa...”, op. cit., pág. 10.

<sup>314</sup> Ibidem; op. cit., pág. 11.

<sup>315</sup> El término Defensor implica etimológicamente, el que ampara, protege o defiende, a algo o a alguien. Es necesario precisar que la defensoría de oficio, tiene por objeto asumir la defensa de los intereses de los gobernados, y es una función que jurídicamente viene a identificarse con la de un “Procurador”.



que esté se halle presente en todos los actos del juicio, estando obligado a comparecer dicho Defensor cuantas veces se necesite<sup>316</sup>.

El sistema de la defensa de oficio fue regulado por la Ley de la Defensoría de Oficio Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 9 de febrero de 1992, y por el Reglamento de la Defensoría de Oficio en el Fuero Federal, el 25 de septiembre de 1992, aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión celebrada el 18 de octubre<sup>317</sup>.

De acuerdo a éstos dos ordenamientos jurídicos, el jefe y demás miembros del cuerpo de defensores formaban parte de la Suprema Corte, cuyos nombramientos y remoción también realizaba el Alto Tribunal. El jefe de defensores prestaba la protesta Constitucional ante la Suprema Corte, los defensores adscritos a la Ciudad de México ante el Jefe del cuerpo, y los defensores foráneos ante los magistrados o jueces de los tribunales a que estuvieron adscritos. Desde entonces el servicio público de la defensa jurídica gratuita proporcionada por el Estado en el nivel federal, se realiza a través del Poder Judicial de la Federación<sup>318</sup>.

El 3 de septiembre de 1993, fue publicada la reforma del artículo 20 Constitucional, fracción IX, apartado A, el cual quedó en los términos siguientes: “En todo proceso de orden penal, el inculcado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías... Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por Abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar Defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el Juez le designará un Defensor de oficio. También tendrá derecho

---

<sup>316</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.19.

<sup>317</sup> Ibidem; op. cit., pág. 20.

<sup>318</sup> Ibidem.

a que su Defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”<sup>319</sup>.

De acuerdo a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 31 de diciembre de 1994, se creó un órgano de gobierno, denominado Consejo de la Judicatura Federal, al que por reforma de la Ley Orgánica del propio poder, publicada el 26 de mayo de 1995, se incorporó la Unidad de Defensoría del Fuero Federal, con el carácter de órgano auxiliar, lo que significó la preservación de la pertenencia de dicha institución en el Poder Judicial de la Federación<sup>320</sup>.

Los argumentos expuestos en los dictámenes de las Cámaras de origen y revisora, fueron los que aportaron los elementos del Decreto que finalmente expidió la Ley Federal de Defensoría Pública<sup>321</sup>, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 28 de mayo de 1998, amén de reformarse la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Las innovaciones son: que se constituye el Instituto Federal de Defensoría Pública como órgano del Poder Judicial de la Federación, con independencia técnica y operativa; la defensoría pública es un servicio que prestan defensores públicos y asesores jurídicos; se establece el servicio civil de carrera; el instituto cuenta con una Junta directiva integrada por profesionales del derecho de reconocido prestigio; el Director General es nombrado por el Consejo de la Judicatura Federal<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> Muchas de las legislaciones de las entidades federativas, han ido más allá de la norma Constitucional de garantía de defensa en materia penal, y han extraído sus beneficios a la asesoría jurídica en materias como la civil, la administrativa, y otras más especializadas, como sucedió con la propia legislación federal actualizada en 1998 (Ley Federal de Defensoría Pública). Cfr. **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág.38.

<sup>320</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.21.

<sup>321</sup> Esta legislación tiene su origen en la norma Constitucional y en su antecesora Ley de la Defensoría de Oficio Federal de 1922, es decir, transcurrieron 78 años para que el legislador actualizara las normas que hoy rigen la institución federal de defensa, ello en la observancia del reclamo social de los mexicanos, que aspiran a tener un sistema de justicia en el que exista igualdad de condiciones para acceder a la misma. Cfr. **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág.38.

<sup>322</sup> Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., págs. 21-22; **ESQUINCA MUÑOA**, “Designación del defensor público por los órganos jurisdiccionales federales”, en *Inter Criminis*, No. 2, Instituto Nacional de Ciencias

La nueva noción de la defensoría pública como institución, tiene por objeto el de prestar el servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, y como finalidad superior garantizar el derecho a la defensa en materia penal, y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría, y representación jurídica, en las materias administrativa, fiscal y civil, a través de un servicio público gratuito, regido por los principios de probidad, honradez y profesionalismo. Por lo que, los servicios sustantivos de defensoría pública los realizan defensores públicos, en los asuntos del orden penal federal, desde la averiguación previa, hasta la ejecución de las sentencias; y los asesores jurídicos, en asuntos de orden no penal, salvo los expresamente otorgados por la Ley a otras instituciones, esto de acuerdo con las bases generales de organización y funcionamiento del instituto <sup>323</sup>.

La legislación federal que da nacimiento al Instituto Federal de Defensoría Pública establece en el artículo 32, fracción VI, que es el propio Instituto quien determinará las bases generales de organización y funcionamiento, mismas que fueron aprobadas por la Junta directiva, y publicadas en el Diario Oficial de la Federación, el 26 de noviembre de 1998<sup>324</sup>. Es decir, la autonomía funcional del Instituto Federal de Defensoría Pública, ratificada en sus bases generales de organización y funcionamiento<sup>325</sup>, tiene como principal logro la independencia y autonomía en la prestación del servicio, por parte de defensores y asesores, respecto de cualquier autoridad judicial o administrativa, sobre todo en relación con magistrados de circuito y jueces de distrito, en cuyos órganos jurisdiccionales se encuentran adscritos los defensores públicos, quienes no son subordinados, ni jerárquicamente inferiores a aquellos, sino que desempeñan una delicada función pública, ante los depositarios de la potestad judicial<sup>326</sup>.

---

Penales, México, Octubre-Diciembre, 2005, págs. 115-116; y **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág. 38.

<sup>323</sup> Ibidem.

<sup>324</sup> **MARTÍNEZ CASTRO**, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág. 39.

<sup>325</sup> La autonomía funcional del Instituto Federal de la Defensoría Pública, su nuevo marco normativo, la integración de su Junta directiva y de sus órganos directivo, de operación, evaluación y supervisión, son la mejor garantía de la independencia, honradez, y ética de defensores públicos y asesores jurídicos, que constituyen la piedra angular de la institución. Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág. 22.

<sup>326</sup> Ibidem.

De esa manera, la institución de la defensa pública, proporcionada por el Estado mexicano, ha formado parte de las funciones del Poder Judicial de la Federación, en un principio, incorporada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, precisamente para preservar su labor cotidiana, sin presiones políticas, y ajenas a intereses de cualquier especie. Actualmente, la defensa de oficio, la nueva defensa pública, es una función estatal vinculada con el real acceso a la justicia, a la legalidad, y a la constitucionalidad de los actos de autoridad, por tratarse de un derecho subjetivo, público y absoluto de todo gobernado, para ser asistido legalmente ante instancias administrativas y/o jurisdiccionales<sup>327</sup>.

Así pues la defensoría de oficio como institución pública, es la encargada de proporcionar los servicios de asistencia gratuita a las personas que, careciendo de recursos económicos suficientes para cubrir los honorarios de un Abogado particular, se ven en la necesidad de comparecer ante los tribunales como actoras, demandadas o inculpadas<sup>328</sup>.

La concepción más amplia del término de defensa pública la expresamos como el otorgamiento del derecho a tener una representación legal, en caso de controversia ante un órgano jurisdiccional o administrativo, para la protección de un derecho y para preservar la integridad de la persona, su honor, o sus bienes, y que es otorgada en forma gratuita por el Estado<sup>329</sup>.

El servicio de defensa pública debe ser en todas las etapas del procedimiento penal, inclusive hasta en la tramitación de beneficios en la ejecución de sentencias, estableciéndose como obligación de los servidores públicos que brindan este servicio, la coordinación de los mismos en las diferentes etapas procesales, que conlleven a una estrategia congruente, para una adecuada y eficaz defensa profesional<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> Ibidem.

<sup>328</sup> MARTÍNEZ CASTRO, “El sistema de Defensoría Pública Federal en México...”, op. cit., pág. 34.

<sup>329</sup> Ibidem.

<sup>330</sup> Ibidem; op. cit., pág. 40.

Por lo que el Abogado Defensor ha de responder por sus acciones u omisiones, incluso mediante sanciones civiles y penales. A consecuencia de la conducta realizada, pueden responder, llegándosele incluso a imputar la comisión de delitos, al no promover pruebas, al abandonar la defensa, e incluso si se trata del Abogado Defensor de oficio, puede llegarse a destituírsele. La designación del Abogado Defensor, para el profesional, constituye ante todo un honor y un orgullo. Supone que se le están confiando bienes tan preciados como la libertad o la vida<sup>331</sup>.

## **5. El Letrado o Abogado Defensor y su intervención en los asuntos criminales instruidos en contra de menores**

Como ya se ha apuntado, en los pueblos antiguos a los menores no se les reconocía derecho alguno<sup>332</sup>, por consiguiente, no gozaban de las garantías procesales, careciendo así del derecho de defensa y consecuentemente de Abogado que les defendiera. Sí un menor delinquía, caía dentro del mismo ámbito legal que el adulto, es decir, no había un tratamiento específico para los menores delincuentes, salvo que en algunos casos, las penas que se les aplicaban solían ser inferiores. Tampoco existían instituciones que se pudieran considerar próximas a las contemporáneas.

Hay que referir que no siempre se ha colocado a los menores en una situación legal excepcional, ya que incluso se les llegó a aplicar penas tan severas como las de la cárcel e incluso hasta de muerte, en condiciones especiales de crueldad. En efecto, hubo países como Inglaterra, Alemania y Estados Unidos, que condenaron a muerte a los niños por causas de homicidios, robos sin importancia, hechicería o brujería<sup>333</sup>. Claro que hubo

---

<sup>331</sup> Ibidem; op. cit., pág.43.

<sup>332</sup> “No se reconocía a la infancia derecho alguno. La sabiduría pagana veía en la infancia una condición inferior y contaba con una desvalorización absoluta”, **SÁNCHEZ MARTÍNEZ**, *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999, pág. 41.

<sup>333</sup> **RAGGI y AGEO**, *Criminalidad juvenil y defensa social...*, op. cit., págs. 41 y ss.

pueblos que fueron más conscientes considerando a la menor edad como justificativa de normas excepcionales a favor de tales sujetos.

Respecto a España, hacia el siglo XVIII, existieron leyes las cuales regularon que a los vagos, cuando fuesen menores de edad, se les mandaría a casas de corrección u hospicios, existiendo confusión entre los menores delincuentes, los vagos y los mendigos. A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, se crearon diversas instituciones destinadas a la reeducación de la juventud, como fueron las Escuelas de “Reforma Asilo Toribio Durán en Barcelona”; “Santa Rita en Madrid”; “Dos Hermanas en Sevilla”; “Valladolid”; y el “Centro de Reeducación de Menores de Córdoba”<sup>334</sup>.

Con relación a México y la intervención del Abogado Defensor en los asuntos de menores infractores, tampoco podemos referir mucho, y es que considerando que en México, en virtud de no existir un derecho especial que tratara la conducta infractora de éstos, ni algún procedimiento, los menores eran juzgados casi siempre por los mismos tribunales que juzgaban a los adultos, imponiéndoles, sanciones atenuadas o de carácter especial. No es hasta el siglo XVIII cuando se implementan los tribunales e instituciones especiales para menores, sin embargo, en vista de ser éstos de carácter tutelar y considerarse que cualquier intervención de autoridad por haber cometido, el menor, alguna conducta infractora, se hacía bajo el argumento de su “protección”, no siendo necesaria la intervención de un Abogado Defensor.

Cabe señalar que debido a los problemas que hubo entre la creación de autoridades encargadas de juzgar la conducta de los menores infractores, y las legislaciones procesales que regulaban la materia en ese entonces, se tuvo que ir modificando y adecuando la intervención y participación de dichas autoridades con lo referido en los cuerpos legales, para que existiera una concordancia jurídica.

---

<sup>334</sup> V. CLAVEL VILLANUEVA, “Menores en conflicto social en Castilla-La Mancha en la época contemporánea”, en *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 168-169.

## 5.1. Precedentes legislativos del Letrado Defensor en materia de menores infractores en España

Uno de los ordenamientos legales con mayor trascendencia que reguló el procedimiento instruido en contra de los menores fue la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (LTTM) y el Reglamento para su aplicación, del 11 de junio de 1948. En éste se consideró al menor como un ser enfermo, necesitado de ayuda y tratamiento; contemplando una especie de sistema inquisitivo, en el que el Juez<sup>335</sup> tenía amplios poderes sin existir control alguno para sus actuaciones o decisiones, toda vez que era considerado protector del menor, careciendo así los menores del reconocimiento de garantías procesales<sup>336</sup> tan importantes, como es la del derecho de defensa. En ese sentido, ORNOSA FERNÁNDEZ apunta: “Por todo ello, el menor no tenía derecho a la defensa de un Letrado, no era informado de sus derechos porque prácticamente no tenía ninguno y no existían unas normas de procedimiento, ya que el Juez expresamente estaba autorizado en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, a no someterse a ninguna. La presencia del Ministerio Fiscal no estaba prevista, por lo que el proceso era de carácter inquisitivo, y el sistema de recursos a las resoluciones de los jueces, que no tenían obligación de fundamentarlas, era muy limitado”<sup>337</sup>.

La Constitución Española de 1978 trajo reformas legislativas importantes, que sirvieron para que las leyes penales sustantivas y procesales garantizaran los principios que

---

<sup>335</sup> “En cuanto al papel del Juez en la LTTM: según el texto de la Ley, nadie va a proteger y a defender mejor al menor que el Juez, por lo que la presencia de un Abogado o cualquier otro Defensor del niño en la comparecencia se rechazaba”, **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor...*, op. cit., pág. 44.

<sup>336</sup> “Se aprecian en la vigente legislación de menores excesivos poderes en manos del juzgador (un juzgador hasta hace poco tiempo designado por el Ejecutivo entre personas que no eran necesariamente de la carrera judicial), lo cual, como sucede siempre en estos casos, y ahí radica precisamente el peligro, conduce a unos resultados en la justicia tutelar de mayor o menor acierto, en función de la persona que ocupa el cargo, más que del órgano que ejerce la función. Un juzgador, sin Ministerio Fiscal y sin defensa, comprensivo de ambos menesteres, a la vez que de la suprema misión de juzgar y resolver, tiene demasiado poder y responsabilidad. La Ley y el reglamento parecen referirse indirectamente a estas facultades -desde la de investigación a la de decisión- como garantías precisamente de la acertada tutela del menor, en un falso contraste con las normas procesales penales ordinarias”, **MARTÍN OSTOS**, “La intervención de Abogado en el procedimiento tutelar de menores”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, Año 1979, pág. 74.

<sup>337</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho Penal de Menores...*, op. cit., pág. 46.

ésta proclamaba. A pesar de ello, en la materia de menores, no se vislumbró cambio alguno y se continuó ignorando los principios constitucionales proclamados, como es el de defensa a cargo del Letrado<sup>338</sup>. No sería hasta la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento ante los Juzgados de Menores (LORCPJM), en la que observamos que por vez primera se regula la asistencia obligatoria del Letrado Defensor para el menor, aunque ésta solamente fue con relación a la audiencia, lo que originó que el sistema de garantías que se pretendía establecer no fuese completo, ya que el menor no se encontraba asistido de Letrado Defensor desde el primer momento<sup>339</sup>, sólo lo estaba en los casos de detención<sup>340</sup> y de adopción de medidas cautelares, amén de que en el acto de comparecer ante el Juez para rendir su declaración, la asistencia del Letrado Defensor no era obligatoria para el menor.

## **5.2. Precedentes legislativos del Abogado Defensor en materia de menores infractores en México**

La Ley de Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal de 1928, que es uno de los antecedentes legislativos más importantes en nuestro país, a pesar de modificar el cuadro jurídico y crear un organismo especial exento de todo aparato y

---

<sup>338</sup> Cabe señalar que la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, fue el elemento primordial para reformar la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948. Con relación a dicha sentencia **PÉREZ MARTELL** comenta, “En esta sentencia (RTC 1991, 36) se pone de manifiesto la necesidad de reformar la legislación de menores, ya que la actual situación de la jurisdicción de menores es de gran inseguridad jurídica, procediendo a instar al gobierno, a través del Ministerio de Justicia, a que ejerza su iniciativa legislativa y remita cuanto antes a las cortes generales el proyecto de reforma de la legislación tutelar de menores. En este orden de cosas, declaró inconstitucional y nulo el art. 15 de la LTTM que regulaba conjuntamente el procedimiento para corregir y proteger a los menores... Ello en base a que: el procedimiento establecido para reformar a los menores prescinde de las formas procesales: es el Juez el que lo inicia, investiga y decide, sin intervención del Ministerio Fiscal, ni de Abogado Defensor, cuya presencia es innecesaria porque es el propio Juez, el encargado de velar por los intereses del menor y el que ha de decidir las medidas a imponer, basándose en criterios meramente paternalistas”, *El proceso del...*, op. cit., págs. 50-51.

<sup>339</sup> “Además, al no permitirse por algunas Fiscalías la asistencia de Letrado al menor en la fase de instrucción, ya que la Ley nada preveía al respecto, se le privaba de la posibilidad de solicitar actos de investigación claves para su defensa”, **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 66.

<sup>340</sup> Sobre este aspecto ver **SALIDO VALLE**, “La detención del menor de edad penal”, *Justicia*, No. 1, 1990, págs. 121-138.



carácter judicial, introduciendo a su vez la intervención de diversos especialistas, omitió la regulación del Abogado Defensor, parte fundamental en todo procedimiento garantista<sup>341</sup>.

En la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito Federal y Territorios Federales de 1941, a pesar de dejar atrás el criterio proteccionista y delimitar el concepto de delincuencia juvenil al señalar su ámbito de aplicación para menores que infringieran la Ley penal<sup>342</sup>, también es considerada de orden inquisitivo y violatoria de garantías constitucionales como el derecho de Defensa, no regulando así tampoco la intervención del Abogado Defensor<sup>343</sup>.

En la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974, podríamos referir de cierta forma el primer antecedente legislativo del Abogado Defensor, el cual es el Promotor, por ser un funcionario encargado de velar porque se sigan los lineamientos normativos regulados por la materia, y evite que se vulneren garantías constitucionales, representando al menor ante los padres y autoridades tutelares, y vigilando en todo momento el procedimiento que se sigue al menor, siendo pues el Promotor quien se encuentre presente en la sustanciación de la causa seguida por el Consejero Instructor. Por dichas facultades podemos señalar la semejanza del Promotor con la del Abogado Defensor, sin embargo, esta figura se asemeja mas a un Ministerio Público, lo cual también se criticó en la Ley por tener el Promotor las funciones de ambos, mismas que se consideran incompatibles entre sí<sup>344</sup>.

En efecto, una de las mayores criticas en esta Ley, es la falta de una institución por demás importante que debiese estar presente en cuanto a la detención y procedimiento de

---

<sup>341</sup> Cfr. **LÓPEZ TIRADO**, “La justicia y el tratamiento de menores infractores...”, op. cit., pág. 46.

<sup>342</sup> Esta delimitación también fue “entre comillas” por que la Ley tiene disposiciones en las que se ordena que si un menor se encuentra moralmente abandonado, pervertido, o en peligro de serlo, el tribunal puede remitirlo a un establecimiento de educación o con una familia digna de confianza, regulando así conductas no sólo criminales.

<sup>343</sup> Cfr. **ADATO DE IBARRA**, “Derecho procesal de menores y la Constitución...”, op. cit., págs. 93-95, y **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., págs. 11-12.

<sup>344</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores infractores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 319, y **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 16.

un menor que hubiera cometido una infracción penal, ya que si bien es cierto que se regula la figura del Promotor, quien tiene a cargo la vigilancia e intervención en las diligencias que se desarrollan ante el Consejero, se olvidó desde un principio contemplar la figura del Abogado Defensor, sea particular, de oficio, o en caso extremo y legal, la asignación de una persona de confianza que representara al menor infractor, ya que las actividades que llevan a una eficaz defensa no pueden ser realizadas al mismo tiempo por el Promotor<sup>345</sup>.

En dicha Ley como no interviene el Ministerio Público tampoco se cuenta con Defensor, a efecto de conservar el equilibrio procesal. En las diversas teorías respecto de jueces de menores se afirma que ellos mismos son los protectores y por tanto defensores por naturaleza del menor, aún contra los padres del mismo que le atacan o pervierten. Por lo que en el Consejo Tutelar al no haber acusación ni defensa, el Consejero ordena el diagnóstico interdisciplinario, a efecto de definir el tratamiento que debe aplicársele al menor, el cual nunca implicará retribución de mal con mal, venganza, castigo o pena<sup>346</sup>.

Lo anterior afectaba a lo referido por el artículo 20, apartado A, fracción IX, Constitucional, en cuanto a su espíritu, que es el de no dejar en estado de indefensión a aquella persona que se encuentre sujeta a investigación, y de por sí, un menor que cometió una infracción a las normas penales, era por esa misma situación sujeto a un procedimiento, por lo tanto, en caso de determinarse su responsabilidad plena y que se le impusiera una medida de seguridad, carecía del derecho de defensa y con ello se vulneraban gravemente sus garantías constitucionales. Por ello se hizo necesario crear y sistematizar técnicamente una disciplina jurídico penal que se enfilara a una mejor impartición de justicia, tratándose de la problemática de menores denominada como derecho penal de menores<sup>347</sup>.

Cabe referir que también se dijo que con la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal se deja atrás un modelo inquisitorial, por un

---

<sup>345</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., págs. 18-20.

<sup>346</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, *Justicia de menores...*, op. cit., págs. 113-114.

<sup>347</sup> Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 20.

modelo protector y tutelar de menores infractores<sup>348</sup>; sin embargo, apoyamos la idea de que dicha Ley también contempló un procedimiento ciertamente inquisitivo, ya que a pesar de la regulación de una figura como la del Promotor, destinó en una sola autoridad, la del órgano decisorio, todas las funciones que comparado con el procedimiento instaurado a los adultos, se encuentran divididas en un órgano acusador y un defensor<sup>349</sup>.

### **5.3. Legislación vigente en España relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Letrado Defensor**

Existen diversas regulaciones legales tanto nacionales, como internacionales, que marcan la evolución en el tratamiento penal de los menores hasta hoy en día, y que contemplan el reconocimiento de las garantías procesales, como es la del derecho de defensa, a cargo del Letrado.

Como Ley principal tenemos la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (LORRPEME), la cual como hemos manifestado antes, ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por lo que realizaremos las referencias relacionadas directamente con el tema que estamos tratando, y que en su caso hayan afectado la intervención del Letrado Defensor.

En la LORRPEME se otorga al Letrado Defensor del menor un mayor reconocimiento e intervención en el procedimiento instruido en contra de los menores infractores, gracias a la importancia e influencia de otras normas de carácter internacional. Y es que como se expuso anteriormente, su participación se enfocaba únicamente a la asistencia jurídica en caso de detención, en caso de imposición de la medida cautelar en régimen cerrado, y en la apertura de la audiencia, sin ser obligatoria en actuaciones de suma

---

<sup>348</sup> Ibidem; op. cit., págs. 12-13.

<sup>349</sup> AZAOLA E; *La institución correccional en México: Una mirada extraviada...*, op. cit., págs. 153-154.

importancia, como la de exploración de los menores no detenidos, y en la comparecencia de éstos ante la autoridad competente.

La defensa en la Exposición de Motivos de la LORRPEME, la encontramos contemplada cuando se expone el reconocimiento expreso de todas las garantías derivadas de los derechos constitucionales. Asimismo, se refiere que el Letrado Defensor del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo, en todo momento, el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas, e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar su modificación.

Pero al observar detenidamente la regulación de la participación del Letrado Defensor en la LORRPEME, podemos percatarnos de algunos conflictos en la misma, amén de que en diversos preceptos legales se ha omitido contemplarla, lo cual puede desencadenar violaciones a las mismas garantías procesales. Los aspectos conflictivos se presentan en los derechos que le asisten al menor detenido y la asistencia del Letrado Defensor al momento de rendir declaración el detenido (art. 17) (mismo que ya ha sido subsanado con la modificación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, como en su oportunidad lo expondremos); los derechos del menor al momento de la incoación del expediente, dentro de los que destaca la designación de Letrado que le defienda por parte del secretario del juzgado al incoarse el expediente, y a entrevistarse reservadamente con éste incluso antes de rendir declaración (art. 22) (otro de los supuestos que también se ha modificado favorablemente por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, y que mas adelante lo explicaremos); el derecho del Letrado del menor de conocer el expediente al realizar la diligencia del trámite de alegaciones en caso de que se decrete el secreto del mismo (art. 24); la solicitud de la práctica de cuantas diligencias considere pertinentes el Letrado Defensor del menor y los funcionarios ante quien deberá solicitarlas (art. 26); el traslado del testimonio del expediente y del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal al Letrado Defensor del menor, para que este formule las suyas y proponga las pruebas que considere necesarias (art. 31); la conformidad del menor y su Letrado respecto a la

imposición de alguna(s) medida(s) prevista(s) por la Ley (art. 32); los asistentes a la audiencia y la no publicidad de la misma (art. 35); la conformidad del menor y su Letrado Defensor con la medida solicitada por el Ministerio Fiscal, y la posibilidad de continuar, o no, la audiencia en base a dicha inconformidad (art. 36); el quebrantamiento de la ejecución de alguna medida por parte del menor y la intervención de su Letrado para su defensa (art. 50). Por otra parte, dentro de los supuestos en que no se regula expresamente la intervención del Letrado Defensor tenemos el de remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, por parte del Ministerio Fiscal, para que se promuevan las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del mismo (art. 3); las bases de responsabilidad penal (art. 5); la mayoría de edad del condenado, y el supuesto del caso de quien haya cumplido veintitrés años, y no haya finalizado con el cumplimiento de la medida impuesta, si esta fuera de internamiento, procediendo así a la continuación de la misma en centro penitenciario, conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria (art. 15) (artículo que también ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, regulando dicho supuesto el art. 14 de la misma y del cual hablaremos en su oportunidad); la incoación del expediente (art. 16); el sobreseimiento del expediente por conciliación y reparación entre el menor y la víctima (art. 19); la adopción de medidas cautelares en los casos de exención de responsabilidad penal del menor (art. 29).

Además de la LORRPEME, existen otros cuerpos legales que servirán como complemento de la misma o que son de carácter supletorio, tal y como lo señala la propia LORRPEME, y que también se relacionan con la intervención del Letrado Defensor en el proceso instaurado en contra de los menores.

Estos son la Constitución Española, en donde se regula de manera específica las garantías de libertad, seguridad jurídica, y derechos de la persona en caso de privación de libertad, como son el no ser obligado a declarar, y la asistencia del Abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos establecidos por la Ley (art. 17);

garantías procesales dentro de las que destacan la imposibilidad del estado de indefensión y el derecho a la defensa y asistencia del Letrado (art. 24); la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39); la asistencia jurídica gratuita en casos que lo disponga la Ley y respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119). Disposiciones fundamentales para nuestra investigación y de las cuales haremos uso en su momento.

Otro es el Código Penal Español ya que de acuerdo a la primera disposición final de la LORRPEME, se refiere que tendrán el carácter de normas supletorias para lo no previsto expresamente en la misma, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales. Para nuestra investigación y con relación a los aspectos conflictivos del actuar del Letrado Defensor observados en la LORRPEME, será importante considerar lo establecido con relación a los casos de exención de responsabilidad (art. 20) y el quebrantamiento de condena (art. 468).

El Estatuto General de la Abogacía que regula la exigencia del cumplimiento de la función de defensa con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional previsto en el artículo 42.1, lo que es un claro ejemplo de rigor en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual también de acuerdo a la primera disposición final de la LORRPEME, tiene el carácter de norma supletoria para lo no previsto expresamente en la misma, en lo que respecta al ámbito del procedimiento.

Otra es la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor, la cual contiene dos preceptos que utilizaremos en su momento, por servir como fundamentos legales para nuestras propuestas, y los que consisten: en la intervención de personas que por su profesión (Abogado), o relación de especial confianza con el menor, puedan transmitir la

opinión de éste objetivamente (art. 9); y la prestación de auxilio inmediato al menor, por parte de la autoridad cuando detecte situación de riesgo o desamparo (art. 13).

La Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial que regula el actuar y deberes del Abogado en sus artículos 436 y 437, los cuales aluden que corresponde la denominación y función de Abogado al licenciado que ejerza profesionalmente la defensa de las partes, asesoren y aconsejen jurídicamente. Su actuación ante los juzgados se considera libre e independiente, sujetándose al principio de buena fe, debiendo guardar secreto de todos los hechos y noticias que conozcan en el desempeño de su función. Asimismo, nos permitimos citar lo establecido por los artículos 238 y 240 que regulan la nulidad de actuaciones a petición del Letrado Defensor, preceptos legales que no debemos dejar pasar por alto en nuestra investigación.

Por último citaremos al Reglamento de la LORRPEME, aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio. En éste encontramos regulaciones más extensas de algunas disposiciones de la LORRPEME. Con relación a la intervención del Letrado Defensor y que no observamos reguladas en la LORRPEME, tenemos la del supuesto de la actuación del equipo técnico para proponer la conciliación del menor con la víctima (art. 5), la cual trataremos en su momento. Sin embargo, se sigue viendo que en otros casos se omite referencia de la intervención del Letrado Defensor en actuaciones relevantes como lo es la remisión de los asuntos de menores de 14 años a la Entidad Pública de Protección de Menores (art. 8); y la suspensión de comunicación del menor internado con familiares y otras personas (art. 41).

Dentro de las leyes vigentes de carácter internacional que regulan la intervención del Letrado Defensor, y por consiguiente el derecho de defensa, se encuentran las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de

Menores, o Reglas de Beijing<sup>350</sup>; la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño<sup>351</sup>; las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>352</sup>.

#### **5.4. Legislación vigente en México relacionada con la materia de menores infractores y el actuar del Abogado Defensor**

En México la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (LTMI) de 1991, trajo a colación instituciones innovadoras que las legislaciones anteriormente referidas no lo habían hecho, entre ellas aparece por fin la del Abogado Defensor del menor, con lo que se ayuda a cubrir el pernicioso vacío legal que en materia de procuración de justicia de menores existía<sup>353</sup>.

---

<sup>350</sup> Como se ha dicho las Reglas de Beijing tratan los derechos procesales de los menores y las cuestiones procesales que pudieran surgir en las diferentes etapas del procedimiento. Siendo importante para nuestro trabajo los preceptos legales consistentes en los derechos de los menores en el que se encuentra contemplado específicamente el derecho al asesoramiento (art. 7); y el derecho del menor a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso, o a solicitar asistencia jurídica gratuita (art. 15).

<sup>351</sup> Los preceptos legales de dicho ordenamiento que nos servirán de apoyo consisten en el derecho del menor a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo, ya sea directamente o a través de un representante u órgano apropiado (art. 12); el acceso pronto a la asistencia jurídica cuando el menor se encuentre privado de su libertad (art. 37); el reconocimiento a los menores de los que se alegue que han infringido las leyes penales o que se acusen de haber infringido las mismas, de los derechos como son el de disponer de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa, y que la causa sea dirimida sin demora en una audiencia equitativa conforme a la Ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado (art. 40).

<sup>352</sup> Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990. Dichas Reglas como se ha dicho ya, servirán para regular la detención policial, aunque sea de corta duración, o por causas de investigación en la comisión de los delitos; amén de otros aspectos que contempla. Los aspectos que tomaremos en cuenta para nuestro estudio son el derecho de los menores al asesoramiento jurídico o a la solicitud de asistencia jurídica gratuita cuando exista, y a comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos, debiéndose respetar la privacidad y confidencialidad de dichas comunicaciones (art. 18); la recepción al momento del ingreso al centro de reclusión de menores, de documento que conste la dirección de los organismos y organizaciones públicos o privados que presten asistencia jurídica (art. 24); el derecho del menor interno al contacto y comunicación con el Abogado Defensor sin restricciones (art. 60); y derecho a la solicitud de asistencia a los asesores jurídicos para la formulación de quejas (art.78).

<sup>353</sup> Cfr. **MONES MARMOLEJA**, *La intervención del Ministerio Público en los asuntos del menor...*, op. cit., pág. 146.



En efecto, la LTMI establece en su artículo 36, fracciones III y IV, que una vez que se inicia el procedimiento ante el Consejo, el menor tiene derecho a nombrar, a sus expensas, por sí, o por sus representantes legales o encargados, a un Licenciado en Derecho de su confianza, quien estando legalmente facultado para el ejercicio de su profesión, se encargará de brindarle asistencia jurídica durante todo el procedimiento, y en su caso, durante el cumplimiento de las medidas aplicadas, y si no designa un Abogado Defensor de su confianza o particular, de oficio se le designará uno<sup>354</sup>, para que lo asista jurídica y gratuitamente durante todo el procedimiento, estando dicho Abogado Defensor obligado a realizar la defensa de los intereses del menor y de sus derechos ante el Consejo. Como observamos, la LTMI contempla la defensa del menor ya sea a través de Abogado Defensor particular, o de oficio<sup>355</sup>, con el fin de adecuarse a lo establecido por nuestra Constitución Política en lo referente a la garantía del derecho de defensa<sup>356</sup>.

Asimismo, de acuerdo a la LTMI, la labor de defensa pertenece a la Unidad de Defensa de Menores, la cual tiene como funciones las siguientes: a) La defensa general; tiene por objeto defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos

---

<sup>354</sup> Los Abogados de oficio son aquellos que ejerciendo libremente la profesión, son designados por la autoridad judicial, de acuerdo con la Ley para que realicen una función o servicio relativo a su ministerio, a los fines de la administración de justicia. Esto es, a los Abogados de pobres (cuando la defensa no esta encomendada a funcionarios especiales retribuidos por el Estado) se les llama de oficio, pero en un concepto restringido, porque la designación del oficio del Abogado puede referirse a otros casos que ninguna relación tengan con la situación económica de aquellas personas favorecidas con el patrocinio. Cfr. **BOANERGES GUINTO LÓPEZ**, “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia...”, op. cit., pág.19.

<sup>355</sup> Así las cosas, el derecho vigente se refiere al Defensor desde distintos contextos que estipulan una serie de prevenciones; persona con quien se comunica el detenido; Defensor designado por el inculpado; Defensor de oficio designado por el Juez; persona de confianza; Abogado Defensor o asistente jurídico de quien declara en una averiguación. Cfr. **GURZA JAIDAR**, “Ministerio Público y derechos humanos”, en *Revista Lex*, No. 25, Año III, Julio, 1997, pág. 16.

<sup>356</sup> Toda persona inculpada al momento de rendir su declaración, de conformidad con el artículo 20 Constitucional, fracción II, tiene derecho a que cuente con el auxilio de un Defensor. En efecto dicho artículo refiere que nadie puede ser obligado a declarar; queda prohibida y será sancionada por la Ley penal, toda incomunicación, intimidación, o tortura; la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público, del Juez, o ante éstos sin la asistencia de Defensor, carecerá de todo valor probatorio. Como garantías del inculpado, tratándose de la defensa se tienen las siguientes: el indiciado tiene el derecho de comunicarse a través de la vía telefónica, o de algún otro medio, con persona de su confianza para que lo asista en la integración de la indagatoria respectiva; el Defensor o la persona de confianza que designe, firmará en todas las diligencias en que hubiese intervenido ante el Ministerio Público; el Defensor puede ofrecer dentro de la averiguación previa cuando el indiciado se encuentre detenido, toda clase de probanzas que deslinden la responsabilidad del mismo.

en el ámbito de la prevención general; b) La defensa procesal; tiene como finalidad la asistencia y defensa de los menores en cada una de las etapas procesales y, c) La defensa de los derechos del menor durante la etapa de tratamiento y de seguimiento; tiene por objeto la asistencia y defensa jurídica de los menores durante la aplicación de las medidas de orientación, de protección, de tratamiento interno y externo, y en la de seguimiento.

Por lo tanto, la Unidad de Defensa de los Menores es la encargada de proteger los legítimos intereses y derechos de los menores, en lo general, lo procesal, y en la ejecución, no solo ante el Consejo, sino frente a cualquier autoridad administrativa o judicial<sup>357</sup>. Como hemos dicho, la unidad es una de las innovaciones en la presente Ley, cuya función esencial es representar legalmente al menor infractor ante las autoridades del Consejo, con la asesoría correspondiente a las de un Abogado Defensor particular, salvaguardando los intereses jurídicos del mismo y conforme a lo que establece la Constitución Política en su artículo 20, apartado A, fracción IX<sup>358</sup>.

Cabe señalar que el Título Primero (artículos 4 al 32), denominado “Del Consejo de Menores”, consta de tres capítulos que norman la integración, organización y atribuciones del Consejo de Menores, de los órganos y sus atribuciones, y de la Unidad de Defensa del Menor.

Así pues la Ley vigente y por consiguiente principal que se encarga de la materia de menores infractores es la LTMI, en la cual observamos la intervención del Abogado Defensor. Pero también existen otras leyes que sirven como complemento de la misma, o que son de carácter supletorio, tal y como lo señala la LTMI, las que a su vez servirán de apoyo para el actuar de la figura del Abogado Defensor. Estas son: el Código Federal de Procedimientos Penales, la Constitución Política Mexicana; Código Penal Federal; Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social; Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la

---

<sup>357</sup> RODRÍGUEZ MANZANERA, *Criminalidad de menores...*, op. cit., pág. 414.

<sup>358</sup> Cfr. MARTELL GÓMEZ, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 23.

República en Materia Federal; Código Federal de Procedimientos Civiles; Ley Federal de Defensoría Pública y Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública. A su vez dentro de las legislaciones de carácter internacional que tienen relación con el actuar del Abogado Defensor destacamos la Convención sobre los Derechos del Niño; las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.



## *CAPITULO II*

*Garantías del proceso. Principios a contemplar por parte del Ministerio Fiscal, Comisionado y Letrado Defensor en materia de menores infractores*



## 1. Derechos humanos y fundamentales como base dentro del derecho de menores

### 1.2. Los derechos humanos en el caso de los menores infractores

La fundamentación de los derechos humanos<sup>359</sup>, ha dado lugar a la propuesta de distintos modelos filosóficos. El primero es el iusnaturalista, en el que se creó el concepto de derechos humanos que los concibe como derechos individuales subjetivos; el modelo historicista, el cual entiende a los derechos humanos como recursos valoratorios contingentes, históricamente variables, condicionados en su vigencia, enumeración y graduación, por los factores que modelan las sociedades; y el modelo que hace hincapié en el hombre como entidad biológica compleja, productora de un comportamiento social peculiar y elaborado. En este contexto, los derechos humanos son la objetivación de las necesidades básicas y vitales de los seres humanos<sup>360</sup>.

En efecto, si se revisa el proceso histórico en el que se ha ido consolidando el reconocimiento legislativo de los derechos humanos, es posible distinguir al menos tres fases. La primera comprende teorías filosóficas del iusnaturalismo moderno del siglo XVII, como la de Locke, que dice que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos que por naturaleza

---

<sup>359</sup> Cabe señalar que es difícil establecer una definición de los derechos humanos, dado que su concepción comprende diversos aspectos conceptuales, además de que están relacionados con varias disciplinas, aunque para comprender mejor la naturaleza de estos derechos, hay que tomar en cuenta que estos son a la vez atributos del ser y normas de carácter positivo. Cfr. **GALVIS ORTIZ**, *Comprensión de los derechos humanos*, Editorial Aurora, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996, pág. 43. Podemos referir que los derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Cfr. **PÉREZ LUÑO**, *Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1979, pág. 43. Tradicionalmente se llaman derechos humanos a aquellos derechos fundamentales que según una ética liberal deben reconocerse a todo ser humano, para asegurarle su dignidad y el desarrollo de su personalidad, independientemente de su actuación económica o social. **MARTÍNEZ RUIZ**, “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Justicia*, No. 1, 1985, pág.117.

<sup>360</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 313.

nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer, y que ni él mismo puede enajenar; la segunda se configura un siglo después cuando el legislador, en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, y en las Constituciones que en ellas se inspiraron, afirma y reconoce esos derechos en las distintas legislaciones nacionales; el comienzo de la tercera fase se marca con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948, en la que la afirmación de estos derechos es universal y positiva. Los derechos humanos dejan de ser un ideal filosófico o contenido de normas vigentes en sólo algunos países aislados, para convertirse en prescripciones obligatorias para todos los Estados miembros de la organización<sup>361</sup>.

Así también observamos que a lo largo de la trayectoria esbozada ha ido cambiando la denotación del concepto derechos humanos, denominándose derechos de la primera generación a los reconocidos en los documentos de los siglos XVIII y XIX, que comprenden los derechos individuales; los derechos de la segunda generación de principios del siglo XX, incluyen a los derechos económicos y sociales; y la tercera generación de mitad del siglo XX, esta compuesta también por derechos supraindividuales o colectivos, como el de la preservación del medio ambiente<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Ibidem. De esta manera podemos observar que el término derechos humanos es una denominación vinculada a los movimientos revolucionarios del siglo XVIII, como se desprende del propio título de la Declaración Francesa de 1789, aunque su consagración definitiva no se produce hasta la Declaración Universal de 1948. La expresión de derechos humanos es una categoría de contornos amplios e imprecisos, capaz de ser aceptada y asumida por las ideologías más diversas y contrapuestas. En ella existe, sin embargo, un contenido mínimo que la define. Ese contenido comúnmente aceptado es la idea de unos atributos o exigencias que el hombre, en cuanto sujeto de las relaciones sociales, proyecta sobre estas con carácter condicionante y constrictivo, y cuya fuerza es reconocida por la generalidad de los hombres. En este sentido, el nombre de derechos humanos ha llegado a designar una realidad de contornos flexibles, convertida en patrimonio de todas las culturas y de casi todos los credos políticos. Por lo que al hablar de derechos nos encontramos ante una realidad dinámica, cuyos contornos precisos sólo pueden quedar definidos en cada momento por el cúmulo de facultades que, desde las diversas y alejadas posiciones culturales en que se forma, reconoce como exigencias inherentes a la dignidad del hombre, como derechos que han de serle proclamados y garantizados por los ordenamientos jurídicos positivos, para que éstos puedan ser considerados justos. V. **DE CASTRO CID**; *El reconocimiento de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1982, págs. 25 y 26.

<sup>362</sup> Cfr. **BIDART CAMPOS**, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Autónoma de México, México, 1989, págs. 196-197.



De esta manera los derechos humanos nacerán como derechos naturales universales<sup>363</sup>, y se desarrollarán como derechos positivos particulares para encontrar al fin, su plena realización como derechos positivos universales<sup>364</sup>. La aplicación de los derechos humanos comprende tres aspectos básicos que son: el estatuto personal, el estatuto territorial y el contenido normativo<sup>365</sup>.

Es importante referir que la universalidad de los derechos humanos conceptualmente no ofrece mayor discusión, ya que ésta significa simplemente que le son debidos al hombre, a cada uno y a todos, en todas partes, es decir, en todos los Estados, pero conforme a la situación histórica, temporal y espacial que rodea la convivencia de esos

---

<sup>363</sup> Los derechos humanos son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia y de manifestación del pensamiento, el derecho a la salud y educación, y las garantías penales y procesales. V. **FERRAJOLI, L**; *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999, pág. 40. Por su parte, **GENÁRO CARRIÓ** entiende al “Concepto general de los derechos humanos como noción que agrupa un conjunto de prerrogativas y pretensiones de los seres humanos, inherentes a todos ellos y sólo ellos, que se destacan por una importancia para la existencia de los hombres y sus planes racionales de vida”, **CARRIÓ, G**; *Los derechos humanos y su protección*, Buenos Aires, 1989, pág. 68. Asimismo, **PÉREZ LUÑO** dice: “Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991, pág. 46. A su vez **KLUG** expone que los derechos humanos “deben ser entendidos como principios regulativos supremos en el respectivo ámbito del derecho internacional y nacional; son pensados como axiomas ya no derivables y regulan, en tanto metasistemas normativos, partes del campo de regulación. La caracterización de los derechos humanos como derechos inalienables en los que uno cree, como principios de la justicia y como derechos que derivan de la dignidad propia del hombre, muestran que han de ser entendidos axiomáticamente y que no se piensa en una ulterior derivación”, “Intento de una fundamentación filosófica de los derechos humanos”, en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, Barcelona, España, 1989, págs. 26-27.

<sup>364</sup> Cfr. **BOBBIO**; “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 1, Madrid, España, Enero, 1981, pág. 14. Los derechos humanos constan de las características siguientes: originarios e innatos, inmutables, tendencialmente universales, incondicionales o puros, derechos absolutos o de exclusión, irrenunciables e imprescriptibles, derechos únicos, relativamente intransmisibles o inalienables, extra-patrimoniales, interdependientes e indivisibles, progresivos e irreversibles. Cfr. **NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C**; *Curso de derechos humanos (Parte General T. I)*, WnM Ediciones, Lima, Perú, 2003, págs. 93-96.

<sup>365</sup> **GALVIS ORTIZ**, *Comprensión de los derechos humanos...*, op. cit., pág. 50.

hombres en ese Estado<sup>366</sup>. La exigencia del valor no traza límites sectoriales, ni en cuanto a espacios territoriales, ni en ámbitos humanos, pero se acomoda a los ambientes históricos en que se circunscribe geográfica y poblacionalmente<sup>367</sup>.

Deslindar cuáles sean normas de derechos humanos es hoy en día una tarea un poco más fácil, en particular en los ordenamientos de raíz romántica, al presentarse en dos campos fundamentales: en la Constitución nacional y los instrumentos internacionales<sup>368</sup>. En efecto, contemplados en su doble aspecto (constitucional e internacional), los derechos humanos requieren de institucionales que hagan coactivo su carácter coercitivo<sup>369</sup>.

El documento de la ONU es prueba de que existe un consenso sobre los derechos allí reconocidos, que expresan un ideal común de la humanidad. Sean esos derechos inherentes a la naturaleza humana o producto del devenir histórico, lo cierto es, que en la actualidad los llamados derechos humanos están reconocidos para todos los seres humanos<sup>370</sup>. Así pues los derechos humanos en cuanto corresponden a todos los seres humanos, tienen un rango de aplicación mundial o universal, (nacional e internacional)<sup>371</sup>. El derecho internacional de los derechos humanos es derecho convencional, ya que tiene su origen en tratados internacionales<sup>372</sup>.

---

<sup>366</sup> Los derechos humanos son hoy los derechos fundamentales, es decir, los que constituyen la condición de la persona y que por eso corresponden universalmente a todos los seres humanos. V. **ANDRÉS IBÁÑEZ**, “Garantías judiciales de derechos humanos”, en *Claves de la Razón Práctica*, No. 90, 1999, pág. 10.

<sup>367</sup> Cfr. **BIDART CAMPOS**, *Teoría general de los derechos humanos...*, op. cit., 110.

<sup>368</sup> Con relación a la legitimación de los derechos humanos y a la evolución de las declaraciones de dichos derechos se puede consultar obra de **PERIS GÓMEZ**, *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976, págs. 135-190.

<sup>369</sup> Cfr. **THOMPSON J**, “Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia”, en *Revista del Poder Judicial*, No. Especial X, 1986, págs. 10 y 11.

<sup>370</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 314.

<sup>371</sup> **NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C**; *Curso de derechos humanos (Parte General T. I)...*, op. cit., pág. 32.

<sup>372</sup> **DIEZ-PICAZO**, *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson, Navarra, España, 2005, pág. 161. Más allá del contenido axiológico que suponen los derechos humanos, éstos son jurídicamente obligatorios por las normas internacionales que los consagran. En ese sentido, los tratados normativos se caracterizan por adoptar reglas de derechos sobre intereses comunes entre los Estados partes y cuyo

Este gran proceso de reconocimiento y expansión se ha cimentado en el supuesto que todos los seres humanos son titulares de estos derechos. En las diversas declaraciones de derechos humanos, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, no se hace distinción de raza, sexo, religión, *ni mucho menos edad*; los derechos en ellas reconocidos son aplicables a todos los seres humanos<sup>373</sup>.

No obstante lo anterior, debido a las violaciones reiterantes que se daban en la práctica en los asuntos de menores y sus derechos, y por las especificidades propias de su condición, se hizo necesario que las Naciones Unidas emitieran normas, principios, y directrices particulares sobre los derechos de los menores, en especial sobre la legislación penal de los menores. Este universo de preceptos lo encontramos prescrito por la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU, el 29 de noviembre de 1959; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General, el 20 de noviembre de 1989; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), adoptadas por la Asamblea General, el 14 de diciembre de 1990; y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General, el 14 de diciembre de 1990. En estos instrumentos, los Estados parte reconocen los derechos de

---

cumplimiento debe hacerse de buena fe y de acuerdo al principio tradicional de Pacta Sunt Servando (en este sentido el derecho internacional no condiciona alguna para la incorporación de los tratados en los ordenamientos jurídicos internos. Por lo que, se deja al arbitrio y soberanía de los Estados elegir el modo de incorporación y por ende obligatoriedad de las normas internacionales dentro de su ordenamiento jurídico, siempre y cuando este en concordancia con la normativa de los tratados). En el caso de los tratados sobre derechos humanos, estos importan valores de trascendencia capital, al reposar en sus normas principios esenciales. Cfr. **NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C**; *Curso de derechos humanos (Parte General T. I)*..., op. cit., págs. 125-127.

<sup>373</sup> **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 314. Otras leyes de gran importancia relacionadas con derechos humanos son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950.

los menores y se comprometen a actuar teniendo en cuenta como base el interés superior del niño<sup>374</sup>.

La Convención sobre los Derechos del Niño, así como otros instrumentos internacionales sobre menores emanados por la Organización de las Naciones Unidas, permiten sentar una serie de principios axiológicos, fundamentales, para la protección de los derechos humanos de este grupo tan vulnerable<sup>375</sup>. Dicho instrumento internacional además es considerado como la Carta Magna de la Minoridad.

Cabe señalar que para la sistematización de tales principios, de acuerdo a los artículos 37, 40 y 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño, puede recurrirse a cuatro rubros fundamentales: a) los principios generales que comprenden el principio de vulnerabilidad social, el mandato de establecer leyes, procedimientos, autoridades, e instituciones específicas para menores; el deber de trato humanitario y digno a los menores acorde con su condición de inmadurez y desarrollo; el principio que ordena la determinación exacta de una edad mínima y otra máxima de imputabilidad penal limitada; la prohibición de prisión perpetua y pena de muerte; el de asistencia de menores no imputables; y el mandato de garantizar la comunicación del menor con su familia; b) los principios de derecho penal sustantivo que comprende la reserva de Ley; el principio de culpabilidad; el principio de proporcionalidad entre la infracción y la medida; el principio de subsidiariedad en la regulación y aplicación del tratamiento; y el principio de aplicación

---

<sup>374</sup> Ibidem.

<sup>375</sup> **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores”, en *Bien Común y Gobierno*, Año 4, No. 47, México, Octubre, 1998, pág. 29. Las garantías constitucionales o derechos humanos, son el conjunto de normas consagradas en el texto Constitucional, en las que concurren de una manera armoniosa, principios filosóficos, sociales, políticos, económicos, culturales, etc; con la finalidad de proporcionar al gobernado, una existencia y convivencia pacífica, próspera y digna sobre la tierra. Cfr. **HERRERA ORTIZ**, *Manual de derechos humanos*, Editorial Pac, México, 1991, pág. 11. El vehículo por el cual se expresa la voluntad de los Estados de internacionalizar los derechos humanos es la proclamación, la cual en sus inicios puede implicar la comunicación o divulgación de un derecho humano, y a posterior su definitiva y cabal obligatoriedad al ser recogidos en acuerdos internacionales de rigurosa formalidad para los Estados. Así pues con la proclamación se empieza el reconocimiento de un derecho humano. Cfr. **NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C**; *Curso de derechos humanos (Parte General T. I)*..., op. cit., pág. 130.

oficiosa de la norma más favorable; c) los principios procesales estructurales entre los que figura, el principio de jurisdicción; el principio de impugnación; el de protección contra actos de tortura y trato crueles; el de respeto a la privacidad del menor en todas las fases del procedimiento; el de legalidad en cuanto actos de molestia con motivo de la intervención punitiva; el de excepcionalidad de la detención durante el proceso; el de acceso a la jurisdicción de protección de garantías constitucionales; d) los principios del debido proceso legal que incluye, el principio de presunción de inocencia; el de no autoincriminación; el de defensa; de intérprete; y de pronta asistencia jurídica y social<sup>376</sup>.

Con relación al ámbito específico de justicia penal para menores<sup>377</sup>, el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece el reconocimiento del derecho de aquéllos de quienes se alegue que han infringido las leyes penales, o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, de ser tratados de acuerdo con su edad; la importancia de promover su reintegración; así como a ser tratados de acuerdo con el fomento de su sentido de la dignidad, y el fortalecimiento del respeto a los derechos y libertades fundamentales de terceros.

---

<sup>376</sup> Cfr. **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 29.

<sup>377</sup> En materia penal, incluyendo el aspecto procesal, los derechos humanos desempeñan un papel singularmente importante. Las múltiples relaciones que pueden establecerse entre el ordenamiento penal y los principios que se desprenden de los derechos humanos corren en ambos sentidos, al constituir las disposiciones penales una garantía, pero a la vez encontrarse limitadas por esta materia. Por consiguiente, el ordenamiento penal es una garantía para el respeto de los derechos humanos. Su papel en ese sentido no se limita, empero a la defensa de los derechos contra las agresiones de los particulares, sino a toda acción que con las mismas consecuencias provenga de todo individuo, sin importar su carácter oficial o particular. Así pues, el derecho penal debe proteger estos valores y su presencia de éstos también dentro de los derechos humanos implica que una imperfecta desprotección de tales valores por el sistema penal constituye una violación a dichos derechos. La protección de los valores jurídicos, tutelados penalmente, no incide sólo en la tipificación o en la asignación de penas, sino que también tiene que ver con las condiciones generales de imputabilidad, así como en los hechos que afectan la antijuridicidad y la culpabilidad. La relación sistema penal-derechos humanos, no se limita a la función del primero como garantía de los segundos, sino que implica además que aquel en cada uno de sus componentes, tiene orientaciones o restricciones impuestas por los derechos fundamentales. Cfr. **THOMPSON J**, “Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia...”, op. cit., págs. 15-16.

En España, la Convención sobre los Derechos del Niño forma parte de su sistema jurídico de acuerdo a lo establecido por el artículo 96 de la Constitución Española<sup>378</sup>. Respecto a México, este instrumento de carácter internacional, forma parte también de su sistema jurídico, en vista de lo dispuesto por el artículo 133 de la Constitución Política Mexicana<sup>379</sup>.

Asimismo, tal legislación internacional, en sus artículos 1º y 2º, establece como finalidad la reglamentación de la función del Estado en la protección de los derechos humanos de los menores, por lo que ordena a los destinatarios primarios de la norma, garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución y los tratados internacionales, disponiéndose en dichos preceptos que la aplicación de la Ley habrá de corresponder al espíritu del derecho internacional de los derechos humanos aplicables a los menores a que se ha referido<sup>380</sup>. De tal forma que preservar los derechos humanos también debe ser premisa fundamental de la procuración de justicia, en una sociedad en la que el hombre exige cada día mayor amplitud en la participación democrática, respecto a su dignidad personal y ejercicio de sus libertades<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> Ver también artículo 10.2 de la Constitución Española.

<sup>379</sup> La Constitución Política como documento básico y fundamental de un Estado esta compuesta por partes de las cuales se encuentra la dogmática, en la que se observa verdades políticas que la Constitución acepta a manera de dogma, las cuales conocemos con los nombres de garantías, derechos subjetivos públicos, derechos del gobernado, libertades políticas fundamentales, derechos humanos, etc. Cfr. **HERRERA ORTIZ**, “Los menores infractores en la Ley penal”, en *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XLII-XLIII, Editora del Gobierno de Veracruz, México, Abril-Septiembre, 1991, pág. 24.

<sup>380</sup> Cabe señalar que el derecho internacional mantiene dos tesis que deben conocerse para aportar una decisión al respecto: monismo y dualismo. El monismo afirma que entre derecho internacional y derecho interno existe unidad de orden jurídico, y por ende, unidad en el sistema de fuentes. Las fuentes del derecho internacional son automáticamente y por sí mismas, fuentes del derecho interno, con lo cual el derecho internacional se incorpora directamente a este. La tesis dualista sostiene que el orden jurídico interno es independiente del orden jurídico internacional. Hay dualidad de órdenes jurídicos y cada uno posee su propio sistema de fuentes, por lo que las fuentes del derecho internacional no funcionarían directamente como fuentes del derecho interno. De acuerdo con esta teoría dualista, para que se opere la incorporación del primero al segundo, hace falta que una fuente interna dé recepción al derecho internacional. Cfr. **ZULITA FELLINI**, *Derecho penal de menores*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, pág. 70.

<sup>381</sup> **BENÍTEZ TREVIÑO**, *Filosofía y praxis de la procuración de justicia*, Editorial Porrúa, México, 1994, págs. 157-158.

En ese sentido, en materia de menores infractores, el Ministerio Fiscal en España y Ministerio Público-Comisionado en México, deben procurar ante todo la vigilancia y respeto de los derechos humanos de los menores<sup>382</sup>.

## 1.2. La observancia de los derechos fundamentales en los asuntos de menores infractores

El término derechos fundamentales (“droits fondamentaux”) aparece en Francia por 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>383</sup>. Posteriormente, dicha expresión alcanzará especial relieve en Alemania la cual bajo el título de los “Grundrechte” articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la “Grundgesetz” de Bonn de 1949<sup>384</sup>.

La mayoría de la doctrina entiende que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos<sup>385</sup> positivizados en las Constituciones estatales<sup>386</sup>. Es más, para algunos

---

<sup>382</sup> Quien procura la justicia y para el cumplimiento de tal encomienda se le dota del poder suficiente, y bajo ese escudo es capaz de violentar los derechos humanos de las personas, no puede ni debe otorgársele además la función de a su vez de supervisor y defensor de los mismos derechos que en forma constante pisotea, como más adelante lo expondremos. Cfr. **GURZA JAIDAR**, “Ministerio Público y derechos humanos...”, op. cit., pág. 18.

<sup>383</sup> Cfr. **BARATTA, A**; *Diritti fondamentali*, en el Vol. Col. A cargo de A. NEGRI, *Scienza Politiche*, 1 (Stato e Politica), Feltrinelli, Milano, 1970, pág. 109. Sobre este documento consultar obra de **FIORAVANTI**, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, págs. 139-141.

<sup>384</sup> Vid. **FECHNER, E**; *Die soziologische grenze der grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1954, págs. 5 y ss; y. **RAMM TH**, *Der wandel der grundrechte und der freiheitliche soziale rechtstaat*, en JZ, 1972, págs. 137 y ss. Otra obra interesante a consultar respecto a los antecedentes históricos de los derechos fundamentales es la de **PECES-BARBA MARTINEZ**, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, págs. 326-337.

<sup>385</sup> Cabe señalar que hay autores que se refieren a los derechos fundamentales como derechos humanos, como por ejemplo De Castro Cid que dice: “En cuanto derechos fundamentales, los derechos humanos actúan como criterios que orientan las instituciones más importantes de una organización jurídica, fijando límites al ejercicio de los poderes y legitimando así a la propia organización política en cada situación histórica concreta. Aceptando, pues, como característica básica esta funcionalidad interna de fundamentación del

autores los derechos fundamentales serían aquellos principios que resumen la concepción del mundo (Weltanschauung) y que informan la ideología política de cada ordenamiento jurídico<sup>387</sup>.

Con independencia del momento histórico y del ámbito doctrinal en que se ha fraguado esta expresión (derechos fundamentales), parece que su aspecto determinante es el de designar aquellos derechos que han sido incorporados a las Constituciones o leyes fundamentales como principios básicos de organización del régimen político<sup>388</sup>. A su vez, se considera que alguien tiene un derecho fundamental sólo cuando una norma jurídica lo reconoce o lo establece, y por ello son también derechos jurídicos<sup>389</sup>.

Por lo tanto, el continente de los derechos fundamentales<sup>390</sup> es la disposición jurídica, esto es, la expresión lingüística inserta en la Constitución<sup>391</sup>. En ese sentido, son

---

sistema jurídico-político, puede definirse a los derechos fundamentales, según los entiende la mayor parte de la doctrina, como aquellos derechos humanos que han sido positivizados en las constituciones estatales”, **DE CASTRO CID**; *El reconocimiento de los derechos humanos...*, op. cit., pág. 25. Por su parte **PÉREZ LUÑO** nos dice que “Con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”, **PÉREZ LUÑO**, *Los derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 46. Los derechos fundamentales diversamente a los derechos humanos están vinculados a la normatividad de un estatuto constitucional o al plexo jurídico interno, mientras que los derechos humanos tienen una mayor extensión, ya que se trata de una regulación con pretensiones de universalidad. Cfr. **NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C**; *Curso de derechos humanos (Parte General T. I)*..., op. cit., pág. 25. “La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos”. Cfr. **DIEZ-PICAZO**, *Sistema de derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 38. Así que podemos diferenciar los derechos fundamentales de los derechos humanos en que los primeros, están positivados a nivel interno, en tanto que los segundos, los observamos más en el plano de las declaraciones y convenciones internacionales.

<sup>386</sup> Entre quienes mantienen el carácter estrictamente jurídico-positivo de los derechos fundamentales podemos mencionar a: **MESSNER, J**; *Das naturrecht. handbuch der gesellschaftsethik und wirtschaftsethik*, Tyrolia, Innsbruck-Wien-München, 4a. ed., 1960, págs. 386 y ss; **MULLER, F**; *Die positivitat der grundrechte. Fragen einer praktischen grundrechtsdogmatik*. Duncker 8 Humblot, Berlín, 1969, pág. 41; **VIRGA, P**; *Liberta giuridica e diritti fondamentali*, Giuffre, Milano, 1947, pág. 148.

<sup>387</sup> **HENSEL, A**; *Grundrechte und politische weltanschauung*, Mohr, Tubingen, 1931, págs. 3 y ss.

<sup>388</sup> Cfr. **DE CASTRO CID**; *El reconocimiento de los derechos humanos...*, op. cit., pág. 25.

<sup>389</sup> **PECES-BARBA MARTINEZ**, *Derecho y derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 323.

<sup>390</sup> **FERRAJOLI** propone una definición teórica, puramente formal o estructural de los derechos fundamentales: “Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas



las palabras de la Constitución las que expresan, en cada precepto relativo a tales derechos, su contenido<sup>392</sup>. Aunado a ello, la Constitución establece una disposición derogatoria que afecta a todas las normas o disposiciones que se opongan a la misma<sup>393</sup>.

Y es que es obligación del Estado, mantener el orden, asegurar la paz, garantizar la seguridad para dar estabilidad y tranquilidad social al país, con respeto absoluto a las garantías individuales, así como dar plena vigencia al Estado de derecho y hacer permanente el principio de legalidad<sup>394</sup>, ya que no se puede concebir una vida propiamente humana despojada de derechos fundamentales como son la vida, la libertad, la educación, la salud, la seguridad jurídica o la participación política; los cuales deben ser protegidos por los respectivos ordenamientos jurídicos<sup>395</sup>.

---

con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”; *Derechos y garantías. La Ley del más débil...*, op. cit., pág. 37.

<sup>391</sup> Los derechos fundamentales pueden ser tutelados por los órganos judiciales de dos maneras. Por un lado a través de cauces ordinarios, por otro, a través de cauces especiales; por lo que mediante una aligeración de trámites se pretende defender más eficazmente una serie de derechos fundamentales. V. **LORENZO JIMÉNEZ**, “Las garantías jurisdiccionales penal y civil en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1987, pág. 291. Con relación a los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución y las garantías judiciales de los derechos fundamentales ver obra de **MENDEZ DE LUGO y LÓPEZ DE AYALA**, “La protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, en *Los derechos humanos*, Universidad de Granada, Granada, 2001, págs. 613-622.

<sup>392</sup> Cfr. **DIEZ-PICAZO**, *Sistema de derechos fundamentales...*, op. cit., pág. 36, y **LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS**; *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*, Editorial Comares, Granada, 1996, pág. 117.

<sup>393</sup> **RUIZ PÉREZ**, “Garantías constitucionales y Poder Judicial”, en *La Ley*, No. 1, Madrid, 1983, pág. 1077. Asimismo, es importante con relación a este aspecto lo que expone en su obra **DE DIEGO DIEZ**, “El principio “El que instruye no debe juzgar”, como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 11, 1987, págs. 10-11.

<sup>394</sup> **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea...”, op. cit., pág. 163. Cabe mencionar que el sólo reconocimiento Constitucional de los derechos fundamentales no es suficiente si no va acompañado de garantías que aseguren la efectividad del libre ejercicio de tales derechos, y es que la efectividad de los derechos fundamentales depende tanto de su reconocimiento Constitucional y legal cuanto y quizá sobre todo, de la existencia de mecanismos susceptibles de garantizar en la práctica su eficacia real, como puede ser a través de la existencia de una acción procesal destinada a hacer valer las mismas en un proceso ante un Tribunal. Cfr. **GARCÍA MORILLO**, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994, págs. 20,21 y 23.

<sup>395</sup> Cfr. **RENDON HUERTA BARRERA**, “La defensoría de oficio en materia administrativa en el Estado de Guanajuato...”, op. cit., pág. 112.

Observamos que son las personas las que se enfrentan al despotismo y las que en todo momento tienen el derecho de limitar y de transformar la forma del gobierno, al punto de que cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, la insurrección es para el pueblo y para cada porción del pueblo, el más sagrado de los derechos y el más indispensable de los deberes. Sea cual fuere la forma de gobierno, ésta nunca podrá violar los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, en vista de que el fin del gobierno es precisamente garantizar y conservar esos derechos naturales e imprescriptibles<sup>396</sup>.

España<sup>397</sup> no se ha quedado atrás en la búsqueda de la consagración y protección de los derechos fundamentales<sup>398</sup>, ya que éstos al igual que las libertades públicas están

---

<sup>396</sup> Cfr. **VILLORO TORANZO**, *Derecho público y derecho privado*, Editorial Jus, México, 1975, págs. 32-33. En las últimas décadas se ha ido afianzando en el derecho internacional, la idea de que el respeto por los derechos fundamentales de la persona forma parte del orden público internacional, precisamente para resguardar a los nacionales de algunos países que pudieran ser objetos de acciones violatorias por parte de sus propios gobiernos. Como consecuencia de ello, y a instancias de organismos internacionales, se ha producido una nueva categoría de convenios multilaterales, cuyo objetivo no es regular las relaciones entre los Estados firmantes, ni tender a la integración económica o política, sino que intenta imponer límites mínimos obligatorios que garanticen los derechos fundamentales de sus propios habitantes. De esa forma los sujetos activos de estos tratados no son los Estados firmantes, sino los individuos que habitan en ellos. Este tipo de tratado, por lo general tiene la forma de un contrato de adhesión, en virtud del cual el convenio o tratado está abierto a la firma y ratificación de los Estados que quieren hacerlo, y entra en vigencia después de producida la ratificación por un determinado número de Estados, fijado en el propio acuerdo. Generalmente tienden a propiciar la unificación del derecho interno de los Estados adherentes. Cfr. **ZULITA FELLINI**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 72-73.

<sup>397</sup> Con relación a precedentes en el derecho español de los derechos fundamentales ver obra de **ALBACAR LÓPEZ**, “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *La Ley*, No. 4, 1984, págs. 1200-1202.

<sup>398</sup> “En materia de ejecución del proceso penal de menores rige el conjunto de derechos fundamentales diseñado por la Constitución Española; así como un conjunto de principios y postulados de nuestro sistema constitucional. –Artículo 117,3 CE. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes: (Obsérvese como el artículo 2,1 LOPJ reproduce tal declaración). –Artículo 118. CE: Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de juzgados y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por estos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (al igual que en lo supuesto el artículo 2,1, la LOPJ vuelve a reproducir los contenidos de este principio Constitucional en sus artículos 17 y 18: “Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar en la forma que establezca la Ley la colaboración requerida por los juzgados y tribunales en el curso del proceso y en a ejecución de lo resuelto... Las administraciones públicas, las autoridades y funcionarios, las corporaciones y todas las entidades públicas y privadas, y los particulares respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes... Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos... si la ejecución resultase imposible, el Juez o tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de a ejecutoria”); **ESCRIBANO SÁNCHEZ**, “Ejecución de medidas”, en *Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales*, I-2002, págs. 40-41.

plasmados en el artículo 53.1, toda vez que dicho precepto establece la vinculación de todos los poderes públicos al Capítulo Segundo del Título I<sup>399</sup>. A la vez, se estipula que sólo podrá regularse su ejercicio mediante Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. En efecto, en dicho artículo se diferencian dos cosas; por un lado, se habla de la vinculación de todos los poderes públicos del Estado y de las Comunidades Autónomas a dichos derechos fundamentales y libertades públicas. Por el otro, se encomienda la Ley a regular el ejercicio de tales derechos y libertades. Cabe señalar que los derechos y libertades reconocidos por tal precepto legal los encontramos de los artículos 15 al 29<sup>400</sup>. Sin embargo, para identificar las garantías de los derechos fundamentales, no basta acudir al Capítulo IV del Título I de la Constitución donde se encuentra ubicado el artículo 53, ya que sólo éste establece el régimen jurídico de los derechos fundamentales, diseñando el esquema básico de garantías de los mismos. La elaboración de un mapa completo de dichas garantías exige acudir a otras partes del texto Constitucional como por ejemplo los Títulos IX y X. Asimismo, cabe referir que dentro de la categoría de garantías de los derechos fundamentales, suelen incluirse previsiones normativas de diferente naturaleza, y en particular, es frecuente mezclar normas sustantivas y normas procesales, por lo que al hacer un catálogo de las garantías de los derechos fundamentales es conveniente distinguir ambos planos: sustantivo<sup>401</sup> y procesal. Así pues, se recomienda a la hora de clasificar las garantías de los derechos fundamentales, distinguir entre garantías frente a la Ley y garantías frente a

---

Asimismo es importante ver obra de **ROMERO MORENO**, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Tomo I y II, Madrid, 1983.

<sup>399</sup> Sobre este aspecto ver **MARTÍNEZ PUJALTE**, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 106-114, y **PICO I JUNOY**, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Barcelona, 1997.

<sup>400</sup> V. **FRIGINAL FERNÁNDEZ-VILLAVERDE**, *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Editorial Montecorro S.A., Madrid, 1981, págs. 12-15, y **LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS**; *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española...*, op. cit., págs. 169-171.

<sup>401</sup> En efecto, dada la naturaleza sancionadora del proceso de menores regulado por la LORRPEME, no sólo se debe tener en cuenta las garantías estrictamente formales que refiere el artículo 24 Constitucional, sino que también debemos de considerar las garantías sustantivas propias del derecho penal, sin pasar por alto que la Disposición Final 1ª de la LORRPEME establece precisamente el carácter supletorio del Código Penal y leyes penales sustantivas respecto a dicha Ley, en el ámbito sustantivo.

las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, debiendo a su vez diferenciar entre el plano sustantivo y el plano procesal<sup>402</sup>.

Precisamente, en este trabajo, las garantías penales y procesales<sup>403</sup> que nos interesa abarcar relacionadas con las autoridades intervinientes y los menores infractores son las reguladas por el artículo 24 Constitucional<sup>404</sup>. Ya hemos referido en el primer Capítulo de este trabajo como las anteriores leyes reguladoras de la conducta infractora de los menores regulaban la aplicación de una normativa que era en gran parte inconstitucional, partiendo principalmente de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1948<sup>405</sup>, lo que llevo a la entrada en vigor de una Ley que suponía por fin el reconocimiento de garantías jurídicas para el menor dentro del marco de un procedimiento judicial (Ley Orgánica Reguladora de

---

<sup>402</sup> Cfr. **DIEZ-PICAZO**, *Sistema de derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 73-74.

<sup>403</sup> El proceso penal debe adquirir un protagonismo sin duda importante como autentico sistema de garantías fundamentalmente proyectado hacia la persona del imputado o acusado. **LORCA NAVARRETE**, “El proceso penal como sistema de garantías constitucionales”, *Nuevo Foro Penal*, No. 4, 1988, pág. 162

<sup>404</sup> En la Constitución Española los derechos fundamentales referidos al proceso se consagran en el artículo 24.2, precepto en el que se reconocen el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa, y una serie de garantías instrumentales de estos derechos tales como el de conocer la acusación, la publicidad y la celeridad del proceso, y la presunción de inocencia. V. **JUANES PECES**, “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del Juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley*, No. 1, 1996, pág. 1755. Cabe referir que el artículo 24 Constitucional, establece dos supuestos íntimamente relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que el primero de ellos (24.1) proclama el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos previniendo que nunca pueda producirse indefensión, estableciendo una garantía previa al proceso que lo asegura cuando se dan las circunstancias requeridas al efecto; mientras que el segundo de ellos (24.2) se dirige a las garantías procesales como lo es el derecho a un Juez ordinario predeterminado por la Ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes y presunción de inocencia; por lo tanto, el 24.2 asegura la tutela efectiva a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el 24.1 asegura la tutela efectiva mediante el acceso mismo al proceso. Es importante recordar que la STC 36/1991, de 14 de febrero establece que los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 Constitucional han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales, resolución que declaró la inconstitucionalidad del antiguo artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, y obligó a la publicación de la Ley 4/1992, de 5 de junio, que regulo de manera provisional el procedimiento penal de menores, mismo que después fue regulado por la LORPEME hasta hace unos días.

<sup>405</sup> En efecto, la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1948, entraña un sistema represivo con ausencia de garantías jurídicas, ya que no regula ningún tipo de procedimiento, no interviene ni el Ministerio Fiscal ni el Abogado Defensor, no hay tiempo determinado de duración de medidas, siendo evidente la ausencia de los principios de legalidad, tipicidad, audiencia, contradicción, proporcionalidad, etc., circunstancias que trajeron a consecuencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaraba inconstitucional el artículo 15 y a la vez que reinterpretaba otros preceptos de los artículos 16 y 18 de la misma.

la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores)<sup>406</sup>, legislación que también planteó diversas cuestiones de inconstitucionalidad, lo que dió origen a la actual Ley reguladora de la conducta de menores infractores (LORRPEME), en la cual se plasma la exigencia de responsabilidad jurídica al menor y el establecimiento de un proceso, en el que considerándosele como sujeto procesal, se le reconoce un mínimo de garantías jurídicas<sup>407</sup>.

Y es que debemos recalcar que son inherentes los derechos fundamentales a la dignidad de toda persona como enfatiza el artículo 10 Constitucional. Y con relación a ello aprovechamos para destacar el papel primordial que ha de jugar el Ministerio Fiscal en la defensa en el sistema Constitucional de los derechos fundamentales<sup>408</sup>, y de manera

---

<sup>406</sup> Esta Ley derogó el contenido de determinados preceptos regulados por la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1948, como el de los artículos 5, 12, 21, 22, a la vez que dio nueva redacción al artículo 9 respecto a la competencia de los jueces de menores, y a los artículos 15 a 17 sobre el procedimiento a seguir y medidas a optar, así como el artículo 23 sobre extinción y modificación de medidas. En efecto, el artículo 15 de esta nueva Ley trató de preservar la imparcialidad del Juez de menores, atribuyendo al Ministerio Fiscal la investigación de los hechos, función atribuida a tal autoridad en virtud de que a la misma le corresponde la defensa de los derechos, la observancia de garantías, y el cuidado de la integridad física y moral del menor. Cabe referir que esta Ley fue objeto de diversas cuestiones que se consideraban inconstitucionales (como por ejemplo las reguladas en las reglas 2ª, 5ª, y 6ª, del artículo 15.1, en el que se contempla la posibilidad de que el Juez pueda disponer de resoluciones limitativas de derechos fundamentales, y pueda practicar la comparecencia previa a la audiencia y de que él mismo pueda conocer de la fase de enjuiciamiento y de decisión, situación que podría atentar contra los derechos fundamentales del Juez legal imparcial y de tener un proceso con todas las garantías contempladas por el artículo 24.2 de la Constitución), las cuales se resolvieron mediante Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo. Pero debido al carácter ciertamente provisional de dicha Ley, se hizo necesario dictar una nueva legislación de justicia juvenil o de responsabilidad del menor, siendo así como surgiría la actual LORRPEME, en la cual se regularía un procedimiento de carácter sancionador en el que deben observarse los principios de derecho penal, en cuanto a derecho sancionador por antonomasia, pero proclamando al mismo tiempo el carácter educativo de las consecuencias que puedan imponerse a través del mismo, Ley que recientemente ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>407</sup> Después de todos los problemas derivados por las regulaciones de la Ley del Tribunal Tutelar de Menores de 1948 y Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, la LORRPEME no podía quedar al margen de la regulación de las garantías constitucionales como había ocurrido con tales leyes, por ello como declaración general, precisamente se establece en su artículo 1 que las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, encontrándose dentro de tales derechos los regulados por el artículo 24 Constitucional. Entre esos derechos el derecho a un Juez imparcial, encuentra evidente fundamento Constitucional, toda vez que el artículo 24.2 de la Constitución Española reconoce el derecho a un proceso con todas las garantías que comprende, sin duda la imparcialidad como garantía fundamental de la administración de justicia en un Estado de derecho. V. **CHOCLAN MONTALVO**, "La imparcialidad del Juez", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 460.

<sup>408</sup> Sobre el particular ver obra de **HERRERO TEJEDOR ALGAR**, *La reforma del Ministerio Fiscal*, Madrid, 2003, págs. 114-117.

reforzada y singularizada de los derechos fundamentales de los menores<sup>409</sup>. En efecto, el papel del Ministerio Fiscal en la defensa de los derechos fundamentales lo podemos encaminar a las misiones que el artículo 124 de la Constitución Española<sup>410</sup> le atribuye con grandilocuencia: promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público y social, así como defender la independencia de los tribunales. Así pues el Ministerio Fiscal queda diseñado en el modelo Constitucional como un órgano que ha de representar a la sociedad ante los tribunales: es un autentico Abogado, no del Estado sino de la sociedad. El Ministerio Fiscal por mandato Constitucional ha de asumir ante los jueces y tribunales la representación y defensa de estos intereses sociales. Y en ese mosaico de intereses, los derechos fundamentales han de ocupar un lugar de primer orden. Esa misión de tutelar los derechos fundamentales debe informar también todas sus funciones. La defensa de la sociedad, asimismo, exige la implicación decidida del Ministerio Fiscal en la tutela de uno de sus pilares indispensables: el respeto a la dignidad de cada persona y de los derechos que dimanar de dicha dignidad<sup>411</sup>.

La presencia del Ministerio Fiscal siempre que existen intereses de un menor en juego se asienta en esa concepción del Ministerio Fiscal como defensor de la sociedad. No es pues un antojo legislativo la llamada al Ministerio Fiscal en temas de menores. Se trata de una concreción de las misiones que atribuye a dicho funcionario el artículo 124 Constitucional. De tal forma que en materia de derechos del menor, el Ministerio Fiscal

---

<sup>409</sup> Cualquiera que sea el tratamiento y enfoque de la temática propia de la interpretación judicial hay que partir de una premisa evidente: los principios constitucionales van a producir constantemente una expresión y jerarquización de valores que no por genéricos van a ser menos operativos en el orden jurídico. **RUIZ PÉREZ**, “Interpretación judicial y jurisprudencia de principios”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 3, 1982, pág. 55.

<sup>410</sup> Asimismo, el Ministerio Fiscal se encuentra citado por los artículos 124, 76.1, 126, 127, 162.1.b) de la Constitución Española. De esa forma nos encontramos ante una verdadera Constitucionalización del Ministerio Fiscal: Por lo que la institución no puede desaparecer del ordenamiento jurídico ni cambiar de configuración, sin una modificación de la norma suprema. **HERRERO TEJEDOR ALGAR**, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, pág. 223. Sobre este tema ver obra también de **LLERA SUÁREZ BARCENA**, “El modelo de investigación penal de la Constitución española de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 5, 1998, págs. 120-125.

<sup>411</sup> Cfr. **GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO**, “Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4687, 1998, págs. 1 y 2.

interviene al menos por un doble título: como defensor de los derechos de todos los ciudadanos, y como encargado en especial de cuidar por el funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de menores<sup>412</sup>.

De esa manera, el Ministerio Fiscal dentro de la LORRPEME tiene que desempeñar un difícil equilibrio en: su posición institucional de garante de derechos fundamentales y defensa del menor (art. 6 LORRPEME); instructor de las diligencias preliminares y del expediente (art. 16 LORRPEME); acusador (art. 30.1 LORRPEME) y controlador de la ejecución (art. 44.1 y 2 de la LORRPEME); sin perjuicio de su misión Constitucional de defensa de la legalidad (art. 124 Constitucional), para lo cual tiene amplias facultades en el proceso. Actuaciones que a la larga resultan poco conciliables, ya que de un lado se le otorga exclusivamente el ejercicio de la acción penal, y por otro no puede dejar pasar por alto su función de garante de derechos de los menores, lo cual lo lleva a una complicada postura, amén de las actuaciones peculiares que se le atribuyen en la LORRPEME y de las cuales nos ocuparemos detenidamente en el último capítulo del presente trabajo.

Con relación a México, la Constitución Política, que es la Ley fundamental, dispone por una parte el tipo de Estado que es el mexicano, y por otra, establece los lineamientos, principios y criterios fundamentales que rigen tanto la política criminal como el sistema de justicia penal del Estado mexicano<sup>413</sup>. Formal y teóricamente hablando, el Estado mexicano es un Estado democrático de derecho. Como tal, se basa en el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales del hombre, lo cual se observa en su catálogo de garantías individuales, cuya idea central es afirmar que el hombre es una persona, un fin en si mismo,

---

<sup>412</sup> Ibidem; op. cit. pág. 3.

<sup>413</sup> No debemos dejar de mencionar que el primer atisbo del nacimiento del recurso de amparo mexicano procede de la Constitución de Yucatán de 1840, cuyo autor es Crescencio Rejón y que más tarde fue perfilado por las de 1857 y 1917, siendo ésta última la que dio su mas acabada regulación, y en virtud de la cual se confía al Poder Judicial una tutela especial de los derechos fundamentales, diferencia de la tutela común que se otorga a los demás derechos. La institución del amparo alcanzó pronto eco en los países americanos y europeos, recogiendo España en su Constitución la institución del amparo en el año de 1931. **ALBACAR LÓPEZ**, “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales...”, op. cit., págs. 1202-1203.

por cuya razón existe el propio Estado y el derecho. Estado y derecho, por tanto, son instrumentos al servicio del hombre y no entes que se sirvan de éste<sup>414</sup>.

Asimismo, el Estado mexicano está basado en el principio de la división de poderes, partiendo de la idea de que todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste, y dicho poder estatal no es ilimitado, sino que encuentra sus límites precisos. Por lo tanto, el sistema de justicia penal y los diferentes niveles o aspectos de la política criminal del Estado mexicano, conforme a lo anterior, deben estar igualmente animados por la ideología de la Ley fundamental, y consecuentemente revestir las características que imponen una política y un sistema propio de un Estado democrático de derecho<sup>415</sup>.

En efecto, todo gobernado, como sujeto de derecho tiene un cúmulo de derechos y obligaciones que deben ser respetados por las autoridades. A estos derechos la Ley Suprema y Fundamental que es nuestra Constitución Política, les denomina “De las Garantías Individuales”<sup>416</sup>, mismos que se encuentran pergeñadas del artículo 1 al 20 de la prescrita Ley. Estas garantías son de igualdad, libertad, propiedad y seguridad jurídica.

Y dentro de estas garantías, la de seguridad jurídica, regulada por el artículo 19 Constitucional, abarca también a los menores infractores. A su vez el artículo 20 Constitucional consigna las garantías que tiene el acusado en todo juicio de orden criminal,

---

<sup>414</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 26-27.

<sup>415</sup> Ibidem. Y es que en las leyes se deben establecer normas a las que debe sujetarse necesariamente el proceso penal, límites a la acción acusadora del Estado y derechos de los que debe disfrutar necesariamente el procesado, los cuales deben ser respetados por las autoridades, procurándose un Estado de derecho que reconozca y garantice los derechos fundamentales del procesado. Cfr. **MORA-PIERCE**, *Garantías y proceso penal*, 2ª Edición, Editorial Porrúa, México, 1987, pág. 25.

<sup>416</sup> Las garantías del gobernado no son más que obstáculos que el mismo poder público se impone en beneficio de los gobernados, con la finalidad de que todas las autoridades del Estado, sean federales, locales o municipales, respeten esos derechos que la Constitución consagró en beneficio de las personas que se encuentran en su territorio. V. **HERRERA ORTÍZ**, “Los menores infractores en la Ley penal...”, op. cit., pág. 25.



siendo que los menores no deben tener garantías inferiores a las otorgadas para los adultos, por considerarse que éstos no cometen delitos, ni son sujetos de derecho penal<sup>417</sup>.

Es de resaltar que los menores también han pasado a ser sujetos del sistema Constitucional y ello lo vemos regulado por el artículo 18 de nuestra Constitución Política la cual refiere que la Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores<sup>418</sup>.

De acuerdo a lo anterior, en todo proceso instaurado en contra de menores infractores debe cumplirse y garantizarse el irrestricto respeto a los derechos constitucionales y tratados internacionales, obligación que corresponde principalmente a los integrantes del Consejo de Menores (Comisionado) y otras autoridades que se vean involucradas en dichos asuntos (Ministerio Público), amén de que éstos deben recibir un trato justo y humano, quedando prohibido todo maltrato, la incomunicación, la coacción psicológica, o cualquier otra que atente contra la dignidad física y mental del menor<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> México es uno de los países renuentes a considerar al menor infractor como sujeto de derecho penal, a pesar de que al menor que realiza una conducta tipificada por las leyes penales, se le sigue un proceso con las mismas características y formalidades del proceso penal que se les instruye a los adultos, aplicándoseles de esa forma tanto el derecho penal adjetivo como sustantivo. Claro que la LTMI cambia las denominaciones de las diferentes etapas procedimentales que conforman el procedimiento instruido al menor infractor, así como cambia los nombres de las autoridades encargadas de administrar la justicia en materia de menores, y al delito lo llama infracción, pero las etapas tienen casi el mismo procedimiento y las autoridades casi las mismas funciones. De esa manera los menores infractores que incurrir en conductas de relevancia penal son sujetos a una intervención punitiva, para lo cual la LTMI establece los límites mínimos y máximos de edad. Somos de la idea que la LTMI clarifica la situación del menor infractor frente al derecho penal, al establecer que los menores son sancionados por infringir las normas penales, sin embargo, en teoría el menor no viene siendo sujeto de derecho penal ni sometido a un procedimiento penal, ya que al mismo se le atribuye la comisión de una infracción, siendo el Consejo de Menores (órgano administrativo) el encargado de aplicar las disposiciones establecidas por la Ley para lograr su adaptación social, a través de la imposición de alguna medida. Eludiendo de esa forma llamar al sistema jurídico aplicado a los menores infractores, como el de derecho penal.

<sup>418</sup> Se piensa que lo que entraña en realidad dicho artículo, es que se deberán establecer las bases para un orden jurídico diferente, con su catálogo propio de conceptos y figuras, comprendiendo así las instituciones de un derecho sustantivo, adjetivo y ejecutivo propio, y no apenas los ecos del derecho penal de adultos reducido a la escala física de los menores, sin despojar a los menores de las garantías individuales consagradas para todo procesado.

<sup>419</sup> Cfr. **CABRERA MENDIETA**, “¿Son los menores de edad (No privados de sus facultades mentales) sujetos del derecho penal?”, en *Iuris Tantum*, México, Primavera-Verano, 1999, pág. 36.

## 2. Principios rectores básicos reguladores del actuar del Ministerio Fiscal, de acuerdo a la legislación española.

En España, los principios rectores básicos que regulan el actuar del Ministerio Fiscal<sup>420</sup>, los encontramos plasmados en el artículo 124 de su Constitución<sup>421</sup>. Éste precepto legal además de regular dichos principios (unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, imparcialidad)<sup>422</sup>, establece la función y misión<sup>423</sup> de ese funcionario, la cual

---

<sup>420</sup> Como Ministerio Fiscal se considera al representante legal del Estado en la acusación pública u oficial. Por lo tanto, el Ministerio Fiscal debe cuidar los intereses de éste, procurando que se castigue al culpable, o bien, que se absuelva al inocente. Ordenándose así su imparcialidad dentro del proceso.

<sup>421</sup> En efecto, el artículo citado textualmente dice: “Art. 124. 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante estos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La Ley regulará el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

<sup>422</sup> “El Ministerio Fiscal actúa a través de órganos propios en virtud de los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y conforme a los principios funcionales de legalidad e imparcialidad (artículos 124.2 C.E. y 1.2 E.O.M.F.). El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se regula en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (E.O.M.F.)”, **RODRÍGUEZ TIRADO**, “Elementos objetivos y subjetivos”, en *Menores. responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 317. Asimismo, con relación al Ministerio Fiscal y los principios rectores que tratan su institución podemos mencionar las obras de **CABRERA MERCADO**, “Algunas consideraciones sobre el Ministerio Fiscal en España”, *Revista Estudios Jurídicos*, No. 1, Universidad de Jaén, 1998, págs. 275-313; **CAZORLA PRIETOS**, “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en La instrucción del sumario y las diligencias previas, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 176-182; **CONDE PUMPIDO-FERREIRO**, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 46; **DEL MORAL GARCÍA**, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 43, 2002, págs. 24-25; **GIL-ALBERT-VELARDE**, “El Ministerio Público en la Constitución”, en *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 117; **GIMENO SENDRA**, “Unidad y exclusividad de la jurisdicción. Juez legal y Ministerio Fiscal en la Constitución española”, en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Valencia, 1980, págs. 360-362; **JIMÉNEZ BLANCO** y **CARRILLO DE ALBORNOZ**, “Relevancia Constitucional del Ministerio Fiscal”, en *El Poder Judicial*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 1621-1646; **PÉREZ GORDO**, “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y Estatuto Orgánico de 1981”, *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 2343-2351.

<sup>423</sup> Es importante distinguir el significado de misión y función, ya que la primera significa el poder o la facultad que se le da a una persona de ir a desempeñar algún cometido, mientras que la segunda quiere decir la capacidad de acción o acción propia de los cargos y oficios. En efecto, **GRANADOS** al respecto comenta, “La misión del Fiscal de promover la acción de la justicia sea también, en defensa de los derechos de los ciudadanos, como directos beneficiarios del orden jurídico que comporta siempre el respeto de la legalidad en un Estado de Derecho. Desde una doble perspectiva, podemos enfocar el cumplimiento por el Ministerio Fiscal de esta misión, según se considere el bloque sustantivo de la legalidad, es decir, el constituido por el conjunto de normas jurídicas positivas que afectan a la regulación de los derechos subjetivos de los ciudadanos, de las personas físicas y jurídicas, e incluso de los poderes públicos, o el bloque adjetivo que,

consiste en promover la justicia, no sólo en defensa del interés público tutelado por la Ley, sino también en defensa de los derechos de los ciudadanos<sup>424</sup> y la legalidad en general<sup>425</sup>.

Por lo tanto, si el Ministerio Fiscal<sup>426</sup> es por excelencia promotor de la justicia, su actividad como tal, tiene un complemento necesario y proyectado para los receptores del ordenamiento jurídico, es decir, para los ciudadanos en general<sup>427</sup>.

---

formando parte del propio ordenamiento jurídico, garantiza el correcto y ordenado ejercicio de las acciones conducentes a la satisfacción del derecho en cada caso”, *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Editorial Tecnos, 1989, pág. 154.

<sup>424</sup> La segunda de las funciones del Ministerio Fiscal es la defensa de los derechos de los ciudadanos. En cuanto a la naturaleza de dicha intervención se dice que se trata de una sustitución procesal (Prozesstandschaft) en la que el Ministerio Fiscal actúa de un lado en nombre del titular del derecho fundamental vulnerado y, de otro, en el de la misma sociedad que impone a los poderes públicos la obligación de que sean celosos en el respeto y efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales (arts. 9 y 53 Constitucionales). **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 174. Sobre este tema también ver obra de **LLOREL MUEDRA**, “El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, *La Ley*, No. 1, 1982, págs. 909-917.

<sup>425</sup> V. **ALAMILLO CANILLAS**, *El Ministerio Fiscal español (Su organización y funcionamiento)*, Editorial Colex, 1990, pág. 23. La defensa de la legalidad es la primera de las funciones del Ministerio Fiscal y la que más le caracteriza. A éste no le corresponde sólo actuar de acuerdo con el principio de legalidad, amén de que ello es una obligación general para todos los poderes públicos que consta en el art. 9.1. Constitucional, y en particular uno de sus principios constitucionales de actuación, sino que la defensa de la legalidad conlleva una obligación de hacer todo lo que este a su alcance para que en todo momento prevalezca lo que es legal, esto es, el marco de libertad que consagra la Ley. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 167-168. Se ha dicho que la suprema ratio de la misión del Fiscal no es la defensa de la legalidad en abstracto, sino de los valores superiores que dan vida a esa legalidad; no tanto de la letra, cuanto del espíritu de las leyes y, desde luego, no buscando como objetivo la satisfacción de los derechos individuales. **GRANADOS CALERO**, “El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pág. 873. Sobre este aspecto también ver **FERNÁNDEZ BERMEJO**, “La modernización del Ministerio Fiscal. La necesidad del nuevo diseño estructural y orgánico. En particular la organización de las grandes fiscalías”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 499-510; **SAINZ MORENO**, “El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad”, *Revista de Administración Pública*, No. 108, 1985, págs. 154-155; **SANCHÍS CRESPO**, “¿El Ministerio Fiscal independiente?”, *Revista General de Derecho*, No. 610-611, 1995; págs. 8656-8661.

<sup>426</sup> Puede decirse que el Ministerio Fiscal es también un órgano administrativo en sentido amplio, por lo que participa desde el punto de vista organizativo, del concepto de administración pública. V. **POLO RODRÍGUEZ**, “Organización y estructura del Ministerio Fiscal. Fiscalías de T.S.J. y Fiscalías Provinciales. Destacamientos. Organización de las Fiscalías. Reparto de funciones. Especialización. Acceso, en el Consejo Fiscal”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, No. VI- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pág. 272. Ver obra también de **RITTER**, “El Ministerio Fiscal alemán. Naturaleza. Funciones. Sus relaciones con los demás poderes del Estado”, *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 23-56.

<sup>427</sup> En apoyo de lo anterior, nos remitiremos a lo señalado por los artículos 1º y 2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que precisan: “Art. 1. El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de

En virtud de ello, la función<sup>428</sup> del Ministerio Fiscal en el proceso de menores parte de su doble condición: “Defensor de la Ley” e “Interés Social”, y “Protector del Menor”. En efecto, en la Exposición de Motivos de la LORRPEME se afirma lo anterior, al señalarse: “La posición del Ministerio Fiscal es relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos<sup>429</sup>”.

De manera general, la misión del Fiscal se enfoca a la defensa de la dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad, respeto a la Ley y derechos de los demás; siendo así como encamina su tarea de promover la justicia<sup>430</sup>. En el caso de menores, dicha figura debe procurar la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, y vigilar las actuaciones que deban realizarse en interés del menor, observando las garantías del procedimiento, estando encargado de dirigir de manera personal la investigación de los hechos, de impulsar el procedimiento, y de ordenar a la policía judicial que practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos<sup>431</sup>.

---

oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.” “Art. 2. 1. El Ministerio Fiscal, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 2. Corresponde al Ministerio Fiscal esta denominación con carácter exclusivo.”

<sup>428</sup> En primer lugar y en líneas generales las funciones que le vienen atribuidas al Ministerio Fiscal en el orden penal son: 1) el ejercicio de la acción penal; 2) inspección directa de los sumarios; 3) dictaminar e informar en aquellos casos en que la Ley o los tribunales lo requieran. Cfr. **RUIZ VADILLO**, “Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal”, en *Revista de Derecho Judicial*, Año I, No. 2, Abril-Junio 1960, pág. 114.

<sup>429</sup> V. Exposición de Motivos, Apartado II, numeral 9, de la LORRPEME.

<sup>430</sup> Al respecto **MIQUEL** apunta, “En efecto tan noble la misión del mismo, cual creemos dejar demostrado que su imparcialidad debe ser completa como la de la Ley. Tan obligado y decidido a proteger y defender la sociedad de los ataques individuales, como a defender a los individuos de los ataques de la sociedad o de la autoridad, que en tal concepto aparece su instrucción. ¡No otra es la misión del funcionario autorizado para representar y defender la Ley, y para vigilar por su exacto cumplimiento!” “El Ministerio Público en los sumarios...”, op. cit., págs. 105-106.

<sup>431</sup> V. Art. 6 de la LORRPEME.

Pero, el Ministerio Fiscal mientras que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa del interés público tutelado por la Ley, debiendo llevar a cabo el ejercicio de acciones procesales para lograr su defensa a través del amparo de los tribunales de justicia, tiene que procurar también ante los tribunales, la satisfacción del interés social<sup>432</sup>, es decir, vigilar para que los tribunales satisfagan el interés primordial de la sociedad, evitando que éste pueda ser perjudicado por la mayor atención de derechos individuales, con los que se pudiera entrar en conflicto<sup>433</sup>.

Las funciones que en general se le asignan al Ministerio Fiscal las encontramos reguladas, en el artículo 3º<sup>434</sup> del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y respecto a su competencia, ésta la hayamos referida en el artículo 4º, y descrita en el artículo 5º, del mismo cuerpo legal<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> Con relación a la búsqueda de la satisfacción del interés social por parte del Ministerio Fiscal ver **JIMÉNEZ VILLAREJO**, “El Ministerio Fiscal, dentro del Poder Judicial”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 3, Madrid, 1982, pág. 83; y **TORRES-DULCE LIFANTE**, “El Ministerio Fiscal y los poderes públicos: autonomía y responsabilidad”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, No. VI- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 150-151.

<sup>433</sup> V. **FLORES PRADA**, *El Ministerio Fiscal en...*, op. cit. págs. 410 y ss.

<sup>434</sup> La Ley 50/1981 de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, fue modificada por la Ley 12/2000 de 28 de diciembre, en su artículo 3.5, quedando en los términos siguientes: “Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de lo dispuesto en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas”. Como se observa dicha modificación regula la instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento instaurado en contra de los menores infractores; sin embargo, dicho artículo vuelve a ser modificado por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, quedando regulada su intervención en los asuntos de menores en el art. 3, numeral 13) “ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor”.

<sup>435</sup> V. Cabe señalar que los artículos referidos en este párrafo han sido modificados por la Ley 14/2003, de 26 de mayo de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, quedando en los términos siguientes: Art. 3. “Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1 corresponde al Ministerio Fiscal: 1) velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes; 2) ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de los jueces y tribunales; 3) velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa; 4) ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda; 5) intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas

---

cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos; 6) tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley; 7) intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación; 8) mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes, e intervenir en las promovidas por otros; 9) velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social; 10) velar por la protección procesal de las víctimas, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas; 11) intervenir en los procesos judiciales de amparo; 12) interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan; 13) ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor; 14) intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los procedimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender, igualmente, la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención; 15) promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales; 16) ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya. Con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar”. Art. 4. “El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de las funciones encomendadas en el artículo anterior, podrá: 1) interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de éstos cualquiera que sea su estado, o que se le remita copia de cualquier actuación, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando; 2) visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente; 3) requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes; 4) dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso; 5) informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados. Las autoridades, funcionarios u organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en los párrafos precedentes deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales”. Art. 5. “El fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. A tal fin, el fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo. También podrá el fiscal incoar diligencias

De dichos artículos se desprende que el Ministerio Fiscal, debe velar por la eficacia de la función jurisdiccional conforme a las leyes, en los plazos y términos en ellas señalados, es decir, tiene la función de vigilar que los jueces se ajusten al principio de legalidad, principio que a su vez marca su actuar. Asimismo, le corresponde cuidar que se respeten los derechos fundamentales y las libertades públicas, lo cual realiza a través de la actuación procesal, o incluso institucional<sup>436</sup>, que tiende a la consecución o el restablecimiento de los derechos y libertades por los jueces competentes, en cada caso, para declararlos<sup>437</sup>.

Así también, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de ejercitar de acuerdo a la Ley, todas las acciones que considere procedentes, haya o no acusador particular, a excepción de las que requieren de querrela privada, o bien, oponerse a las ejercitadas por cualquiera de las partes, en defensa de la legalidad. Debe a su vez, instruir las causas penales mediante una función inspectora directa, bien a través de la información que pueda recabar por sí mismo, o apoyándose en la policía judicial, ordenándoles la realización de aquellas otras investigaciones que considere oportunas para lograr su fin, pudiendo solicitar al Juez la práctica de cuantas diligencias estime necesarias para la averiguación de los hechos, así como la adopción de las medidas cautelares que resulten convenientes dentro del proceso<sup>438</sup>, con el afán de asegurar la presencia de aquellas personas implicadas en los

---

preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

<sup>436</sup> Es interesante plantear que nadie parece haber tenido interés por proponer o por llevar a cabo en algún lugar, una indagación sistemática y periódica sobre la imagen pública del Ministerio Fiscal, es decir, sobre cómo es percibido y valorado en el desempeño de sus funciones por la ciudadanía a la que sirve. **TOHARÍA**, “La imagen del Ministerio Público en la sociedad”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, pág. 13.

<sup>437</sup> Dentro de los derechos fundamentales podemos referir el derecho al secreto de las comunicaciones, derecho a la inviolabilidad del domicilio, derecho a que las detenciones sean legales en garantía al derecho de libertad y seguridad, derecho al honor, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la propia imagen, derecho a la vida e integridad física y moral.

<sup>438</sup> Cabe señalar que la función del Ministerio Fiscal antes y durante la adopción de las medidas cautelares, se funda en la necesidad de que sea oído y de que esté presente, dado que con tal actividad y actitud buscará garantizar el cumplimiento de la legalidad.

hechos delictivos, y de las que exista temor de que se sustraigan de la Ley, amén de garantizar al perjudicado su derecho a obtener el resarcimiento del daño causado<sup>439</sup>.

El Ministerio Fiscal, debe también velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales, cuya vigilancia se extrema en: la fijación del límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad, en especial cuando concurren varias acumulativas, y la excarcelación del recluso por alguna circunstancia que lo amerite.

La seguridad jurídica, la igualdad ante la Ley, la paz social, y el cumplimiento de obligaciones por parte de las administraciones públicas, son principios y valores cuya observancia y realización conllevan a consolidar el conjunto de los reconocidos en la Constitución, y velar por un exacto cumplimiento de cuantas resoluciones judiciales sean susceptibles procesalmente de ejecución, supone poner de relieve la dimensión social del derecho y de la justicia como valores supremos del ordenamiento.

Con base en lo anteriormente expuesto, en los casos de menores, dichas funciones y competencias las regula principalmente el artículo 6º de la LORRPEME, así como los artículos 16 y 23 de esa misma Ley, al referir que corresponde al Ministerio Fiscal, la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como vigilar las actuaciones que se efectúen en interés de éstos, y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos, y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento, pudiendo incoar, o no, el expediente, y en caso de hacerlo, valorar la participación del menor en los hechos, para expresarle el reproche que merece su conducta, proponiendo las

---

<sup>439</sup> En todas las actividades descritas, el Ministerio Fiscal dará contenido pleno a su misión de ser Defensor de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, toda vez que la satisfacción de la justicia, no puede quedarse sólo con el castigo del delincuente si quedan sin amparo, la restitución, la reparación del daño causado, y la indemnización de los perjuicios ocasionados.



medidas de contenido educativo y sancionador, adecuadas a las circunstancias del hecho y su autor, sobre todo al interés del propio menor valorado en la causa<sup>440</sup>.

Así veremos que a las facultades tradicionalmente encomendadas al Ministerio Fiscal se le agregan otras nuevas, sin embargo, éstas pueden estar en contradicción con las funciones tradicionales y llevar a confusiones, como en su oportunidad analizaremos.

Nos parece importante referir, que el artículo 48 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal contempla los deberes de dicho funcionario, a la vez que observamos el traslado de los principios rectores de la acción institucional<sup>441</sup> a las actuaciones personales de los Fiscales, en cada caso concreto<sup>442</sup>.

Pero pasemos a desarrollar de manera más explícita los principios rectores básicos del actuar del Ministerio Fiscal en España, los cuales, una vez descritos, los relacionaremos con el actuar de dicha figura en los procesos instruidos en contra de menores.

## **2.1. Unidad de actuación**

Este primer principio, además de tener la base de su fundamento legal en el artículo 124, segundo párrafo, Constitucional, tiene su regulación en diversos artículos del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como son el artículo 2, aunque principalmente la

---

<sup>440</sup> V. Arts. 6º, 16 y 23 de la LORRPEME.

<sup>441</sup> Los cuales los encontramos consagrados en el artículo 124.1 Constitucional ya aludido, y en los artículos 6º y 7º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a los que más adelante nos remitiremos y explicaremos.

<sup>442</sup> V. Art. 48 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

encontramos en el artículo 22 del mismo Estatuto<sup>443</sup>. Como se desprende de tales artículos, el Ministerio Fiscal actúa por medio de órganos propios y bajo el principio de unidad de actuación, lo que implica la necesidad de un sólo órgano rector de la actividad del Ministerio Fiscal, el cual es el Fiscal General del Estado. El principio de unidad de actuación significa que el Ministerio Fiscal actúa en todo momento como cuerpo único, y no particularmente como diferentes órganos. Es coherente por cuanto la defensa de la legalidad y del interés público la realiza el órgano como tal, y no sus miembros. Concuera con la existencia de un sólo significado de legalidad, y un sólo significado de interés público<sup>444</sup>. Éste principio como fórmula interna de organización, trae emparentada la jerarquía y dependencia de acuerdo a la Ley referida<sup>445</sup>. Asimismo, se le da la exclusiva de la denominación del Ministerio Fiscal, sin embargo, dicho funcionario no actúa nunca a título personal, sino como representante de esa institución, tal y como lo estipula el artículo 23 del citado ordenamiento legal<sup>446</sup>. Por lo que, los miembros del Ministerio Fiscal, actúan

---

<sup>443</sup> Para ello el art. 22 en virtud de la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal queda redactado de la siguiente forma: 1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado. 2. El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal. 3. El Fiscal Jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado. 4. Corresponde al Fiscal Jefe la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva; al Teniente Fiscal, sustituir al jefe cuando reglamentariamente proceda y ejercer, junto con los fiscales y por delegación de aquel, las funciones propias de la Fiscalía. 5. En aquellas Fiscalías en las que el número de asuntos de que conociera así lo aconsejara y siempre que resultara conveniente para la organización del servicio, previo informe del Consejo Fiscal, podrán designarse delegados de la jefatura con el fin de asumir las funciones de dirección y coordinación que le fueran específicamente encomendadas. La plantilla orgánica determinará el número máximo de delegados de la jefatura que se puedan designar en cada Fiscalía. Tales delegados serán nombrados y, en su caso, relevados mediante resolución dictada por el Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe respectivo, oído el Consejo Fiscal. Para la cobertura de estas plazas será preciso, con carácter previo a la propuesta del Fiscal Jefe correspondiente, realizar una convocatoria entre los fiscales de la plantilla. A la propuesta se acompañará relación del resto de los fiscales que hayan solicitado el puesto. En todo caso, los fiscales delegados de la jefatura cesarán como tales cuando se produzca el nombramiento de un nuevo Fiscal Jefe, manteniéndose en el ejercicio de sus funciones hasta que sean sustituidos o, en su caso, confirmados.

<sup>444</sup> V. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, op. cit., págs. 182-183.

<sup>445</sup> “Al completarse el principio de la alta Jefatura de la institución con la atribuida al Fiscal Jefe de cada órgano en los niveles inferiores, en los términos de los apartados 3 y 4, queda configurada dentro de la más firme cohesión interna de tal manera que el superior siempre está, al menos, informado de las decisiones, cuando no comprometido con ellas que en cada caso concreto marcan el sentido y fondo de la actuación de los funcionarios que ejercen su actividad desde la base de tan perfecta estructura piramidal”, **GRANADOS**, *El Ministerio Fiscal ...*, op. cit., pág. 296.

<sup>446</sup> V. Art. 23 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

siempre en representación de la institución, teniendo jurídicamente sus peticiones y opiniones igual valor que si las hubiese realizado el Fiscal General del Estado, sin perjuicio de que, cuando en un mismo asunto deba actuar un Fiscal superior, pueda cambiar el criterio mantenido por el inferior<sup>447</sup>.

El principio de unidad de actuación se encuentra ligado innegablemente a los principios de legalidad y dependencia jerárquica. Cabe señalar que los Fiscales, al momento de actuar, deben prescindir de su propia opinión, para defender así posiciones más objetivas (criterio institucional)<sup>448</sup>, pero esto es difícil de asumir para muchos, puesto que supone

---

<sup>447</sup> El Ministerio Fiscal es un organismo sui generis, dotado de independencia o al menos de autonomía respecto a los tres poderes y que por ello no puede ser considerado ni parlamentario, ni ejecutivo ni judicial. **SANTAOLALLA LÓPEZ**, “Ministerio Fiscal, Gobierno, y Parlamento (En Torno a la Posición Constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, pág. 90.

<sup>448</sup> Art. 24 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Este artículo en virtud de la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal queda redactado de la siguiente forma: “Para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, cada Fiscalía celebrará periódicamente juntas de todos sus componentes. Los acuerdos de la mayoría tendrán carácter de informe, prevaleciendo después del libre debate el criterio del Fiscal Jefe. Sin embargo, si esta opinión fuese contraria a la manifestada por la mayoría de los asistentes, deberá someter ambas a su superior jerárquico. Hasta que se produzca el acuerdo del superior jerárquico, de requerirlo el tema debatido, el criterio del Fiscal Jefe gozará de ejecutividad en los extremos estrictamente necesarios. Con la finalidad prevista en el párrafo anterior, los fiscales adscritos a las distintas secciones que integran la Fiscalía del Tribunal Supremo celebrarán Juntas de Sección, que estarán presididas por el Fiscal de Sala respectivo. En los casos en que el criterio del Fiscal Jefe fuera contrario a la opinión mantenida por la mayoría de los integrantes de la Junta, resolverá el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal o la Junta de Fiscales de Sala según el ámbito propio de las funciones que le señala el artículo 14. Aquellas secciones de la Fiscalía del Tribunal Supremo cuya jefatura estuviera integrada por más de un Fiscal de Sala podrán celebrar juntas que agrupen a los fiscales distribuidos en las diferentes unidades organizativas que integren cada sección. Sin embargo, los asuntos de especial trascendencia o complejidad y aquellos que afecten a la unidad de criterio habrán de ser debatidos en Junta de Sección que será presidida por el Fiscal de Sala más antiguo. A los efectos previstos en el inciso final del segundo párrafo de este artículo, bastará que la discrepancia respecto del criterio de la mayoría sea provocada por el parecer de uno solo de los Fiscales de Sala que integran la sección. Con el fin de dar cuenta de la actividad estadística de las distintas secciones y para el tratamiento de aquellas cuestiones que pudieran afectar a la organización de los diferentes servicios de carácter general, los fiscales celebrarán Junta de Fiscales del Tribunal Supremo. Estas juntas serán presididas por el Fiscal General del Estado, que podrá ser sustituido por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo. Sin perjuicio de las Juntas de Fiscales previstas en el párrafo primero de este artículo, los Fiscales Jefes podrán convocar juntas de delegados de la jefatura, con el fin de tratar cuestiones relativas a la dirección y coordinación de los distintos servicios, sin que en ningún caso puedan sustituir en sus funciones a la Junta General. Asimismo, para mantener la unidad de criterios, o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función, los Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia podrán convocar, como superiores jerárquicos, Junta de Fiscales que integre a quienes desempeñen la jefatura de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales en los respectivos ámbitos territoriales. En todo caso se respetarán los plazos que las leyes de procedimiento establezcan. Las Juntas de Fiscales podrán ser ordinarias o extraordinarias. Las ordinarias se celebrarán al menos semestralmente. Su

renunciar a su propio criterio cuando no es coincidente con el oficial. Sin embargo, tendrán que hacerlo si se pretende que la institución del Ministerio Fiscal, cumpla con la función de promover la uniformidad de la aplicación de la Ley<sup>449</sup>.

Por otra parte, si un Fiscal estima que una orden o instrucción es contraria a las leyes o improcedente, lo hará del conocimiento a su Fiscal Jefe, a través de un informe razonado, para resolverse lo procedente. No debemos omitir lo establecido por el artículo 25, último párrafo, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>450</sup>, ya que a pesar del carácter vinculante de las órdenes, la Ley deja cierta libertad de actuación al ejecutor de las mismas, por lo que el Fiscal puede utilizar los argumentos que considere más razonables y acertados, en defensa de sus criterios y de lo que se le ordene defender, disponiendo de mecanismos de evasión u oposición para reafirmar los mismos. En efecto, si la instrucción se refiere al servicio y ejercicio de funciones de un asunto en particular, debe atenerse a la misma en sus dictámenes, pero puede desarrollar libremente sus intervenciones orales en atención a la justicia. A la vez, si considera que la orden afecta al principio de legalidad o resulta improcedente por alguna causa, puede hacer constar dichas circunstancias de manera motivada en el informe que rinda a su jefe, tal y como lo establece el artículo 27 del referido Estatuto<sup>451</sup>.

Cabe señalar que el mismo artículo 48 del Estatuto citado regula las obligaciones para el desempeño de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal, las cuales deben

---

orden del día será fijado por el Fiscal Jefe, si bien deberán incluirse en el mismo aquellos otros asuntos o temas que propongan por escrito y antes del comienzo de la Junta, un quinto, al menos, de los fiscales destinados en las Fiscalías. También podrá deliberarse, fuera del orden del día, sobre aquellos asuntos que proponga cualquiera de los asistentes a la Junta y el Fiscal Jefe acuerde someter a debate. Las Juntas extraordinarias se convocarán para debatir cuestiones que por su urgencia o complejidad se estime oportuno no relegar a la Junta ordinaria. La convocatoria, que expresará el orden del día deberá hacerla el Fiscal Jefe, bien por propia iniciativa, bien en virtud de moción suscrita por mayoría de los fiscales destinados en la Fiscalía. La asistencia a las Juntas es obligatoria para todos los fiscales según su respectiva composición, salvo ausencia justificada apreciada por el Fiscal Jefe. Los fiscales sustitutos asistirán a las Juntas con voz pero sin voto, cuando sean convocados por el Fiscal Jefe”.

<sup>449</sup> V. **ALAMILLO CANILLAS**, *El Ministerio Fiscal español...*, op. cit., pág. 31.

<sup>450</sup> V. Art. 25 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>451</sup> V. Art. 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

realizarse de acuerdo a los principios de unidad y dependencia jerárquica, y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad<sup>452</sup>.

Analizados los artículos anteriores, con relación al actuar del Ministerio Fiscal en los procesos instruidos en contra de menores, considerando el principio de unidad de actuación, la LORRPEME señala ciertas disposiciones que deben acatarse, mismas que pudieron o podrían acarrear algunas confusiones o dificultades como las referidas a continuación.

a) La disposición final segunda de la LORRPEME, requiere al Gobierno para que en un plazo de seis meses a partir de la publicación de dicho ordenamiento legal, adecue la Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, conforme a lo establecido en la misma, ajustando la organización de dicha figura.

b) Asimismo, en la disposición final tercera, se solicita para que el Gobierno, en el mismo plazo, adopte las disposiciones oportunas para adecuar la plantilla de la carrera fiscal, a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de la LORRPEME.

c) A su vez en la disposición final cuarta, se impone a los miembros de la carrera fiscal, la formación de especialistas en materia de menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente, aludiéndose que en todas las fiscalías habrá una Sección de Menores, compuesta por miembros de la carrera fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine conforme a la Ley<sup>453</sup>.

---

<sup>452</sup> V. Art. 48 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>453</sup> En este aspecto es importante mencionar que será la primera vez que se establecería la figura del Fiscal especialista.

En efecto, una de las confusiones que se presentaron, es que la Ley en sus disposiciones señala “Secciones de Menores” (disposición final cuarta, segundo párrafo) y “Fiscalías de Menores” (disposición final tercera, tercer párrafo), surgiendo la confusión de que si en las modificaciones que se hicieran al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 12, que refiere los órganos de dicha figura, se deberían integrarse las Fiscalías de Menores, o agregarse las Secciones de Menores a los órganos ya existentes (Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales)<sup>454</sup>.

En tal virtud la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula al Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, fue modificada por la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, regulándose en su artículo 18.1 que para el desarrollo de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal, se han creado las Secciones de Menores dentro de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia, y en las Fiscalías de la Audiencia Nacional y Provincial, a las que están adscritos los Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que se hayan especializado en la materia<sup>455</sup> Otras modificaciones que tuvo esta

---

<sup>454</sup> Al respecto **RODRÍGUEZ SOL** comenta, “El artículo 12.1 señala los órganos del Ministerio Fiscal y coloca al final de la lista a las Fiscalías de las Audiencias Provinciales. ¿Habrá que incluir aquí, como órgano de la Fiscalía de la Audiencia Provincial, a las Secciones de Menores?”. “El Fiscal ante la reforma del proceso penal juvenil”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, No. 6, 1999, pág.176.

<sup>455</sup> En efecto dicho artículo quedó de la manera siguiente: “Art. 18. 1... En la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales existirá una Sección de Menores, a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. A ella serán adscritos los Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados, o por cualquier otra circunstancia análoga se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, podrán actuar también en otros ámbitos o materias... Corresponde a los Fiscales Jefes de cada órgano: a) Organizar los servicios y la distribución de trabajo entre los Fiscales de la plantilla y la adscripción de los componentes de la Sección de Menores, oída la Junta de Fiscalía.”. Sin embargo vuelve a ser modificado por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para quedar redactado de la siguiente manera: 1. En la Audiencia Nacional, ante el Tribunal Constitucional, en el Tribunal de Cuentas, en los Tribunales Superiores de Justicia y en cada Audiencia Provincial existirá una Fiscalía bajo la jefatura directa del fiscal respectivo, integrada por un Teniente Fiscal y por los fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal y por los fiscales que determine la plantilla. La Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría segunda y por los fiscales que determine la plantilla, que deberán pertenecer a la categoría segunda. Del mismo modo, la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos

Ley, con relación a la materia de menores fueron las de sus artículos 3.5<sup>456</sup> y 5<sup>457</sup>. Mismos que serían modificados nuevamente por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Un contratiempo más que se presenta es la carencia de estructura y de diseño de plantillas suficientes del Ministerio Fiscal, lo cual se viene arrastrando desde hace años, por lo que urge la necesidad real de la actualización de las mismas. Así también, la integración de mayor número de Fiscales y de personal auxiliar es necesaria para cumplir las demandas que la LORRPEME establece al respecto, además de la provisión de medios materiales e informáticos.

Por último, hay que mencionar que hay carencia en la carrera fiscal de Fiscales con el título de especialistas, aunque sí podemos decir que hay Fiscales especializados en materia de menores, por la experiencia adquirida en el desempeño de su trabajo. Asimismo, la cuestión que se planteaba era si se considerarían especialistas a los Fiscales que han tramitado los asuntos de menores en las respectivas fiscalías, o se convocarían pruebas de acceso a los miembros de la carrera fiscal para determinar los Fiscales especialistas, lo cual quedo estipulado, en el mismo artículo 18 de la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, ya citado, aunque nuevamente haya sido modificado<sup>458</sup>. Sobre el particular DOLZ LAGO, refiere: “Si se dice en la disposición final cuarta, que tendrán preferencia los especialistas, es que se admite que también vayan

---

relacionados con la Corrupción, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, y con competencias ante cualquier órgano judicial del territorio nacional, estará integrada por un Fiscal de Sala, por un Teniente Fiscal de la categoría segunda y por los fiscales que determine la plantilla, que deberán pertenecer a la categoría segunda. También se considerarán integrados en aquella los fiscales de las distintas Fiscalías que designe el Fiscal General del Estado en cuanto ejerzan las funciones específicas a que se refiere el artículo 18 ter de esta Ley.

<sup>456</sup> Anteriormente ya se ha hecho referencia respecto al contenido de dichas modificaciones.

<sup>457</sup> De este artículo se hablará mas adelante.

<sup>458</sup> Artículo que ha sido modificado en su numeral 1 por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y del cual ya hemos hecho referencia.

destinados a esas secciones Fiscales no especialistas, lo que concuerda mal con el segundo párrafo de la misma disposición cuarta, cuando dice que esas secciones se compondrán por Fiscales especialistas”<sup>459</sup>. Postura con la que coincidimos.

Si trasladamos el principio de unidad de actuación, como rector del actuar del Ministerio Fiscal, a lo regulado por el artículo 17 de la LORRPEME, que dice que a falta de los que ejerzan la patria potestad o tutela, la declaración del menor se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente, nos percatamos de que se tratan de dos Fiscales diferentes presentes en la declaración del menor. Esto, pensamos, para justificar así la división de funciones de defensa e investigación, pero, ¿dónde queda el principio de unidad de actuación?. Y es que algunos autores consideran a la institución del Ministerio Fiscal como única, no pudiendo desarrollar dos funciones contrapuestas como las de instruir y defender al mismo tiempo en este caso, aunque sean dos Fiscales diferentes, pues pertenecen a la misma institución. Pero este aspecto lo trabajaremos detenidamente más adelante.

## **2.2. Dependencia jerárquica**

La regulación de este segundo principio, además de encontrarse citada en el artículo 124, segundo párrafo, Constitucional, la encontramos en el artículo 12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que refiere el esquema básico del órgano del Ministerio Fiscal, en cuanto a su constitución y funcionamiento, apoyándose en la existencia, entre

---

<sup>459</sup> **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, pág. 65.



otros, de un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal, y los Fiscales que establezca la plantilla, así como el funcionamiento de una Junta de Fiscalía<sup>460</sup>.

Dicho principio, tiene su regulación también en el artículo 22 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Hay que recordar que el Fiscal Jefe de cada órgano, ejerce la dirección del mismo y actúa en representación del Ministerio Fiscal, bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado. La dependencia jerárquica puede definirse estrictamente como la característica que convierte al Ministerio Fiscal en un cuerpo jerarquizado, en que el Fiscal General del Estado ejerce la jefatura superior sobre todos los fiscales del territorio español (art. 22.1 EOM), y donde cada Jefe ejerce la autoridad sobre los que le están subordinados, bajo la dependencia a su vez de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado (art. 22.3)<sup>461</sup>.

La dependencia jerárquica se encuentra asimismo regulada por el artículo 55 del Estatuto citado, y expone la dependencia que existe entre los miembros del Ministerio

---

<sup>460</sup> El artículo 12 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal establece: 1. Son órganos del Ministerio Fiscal: El Fiscal General del Estado; el Consejo Fiscal; la Junta de Fiscales de Sala; la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional; la Fiscalía de la Audiencia Nacional; las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas o de las Audiencias Territoriales, las Fiscalías de las Audiencias Provinciales. 2. La Fiscalía del Tribunal de Cuentas se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de dicho Tribunal. Con relación al Ministerio Fiscal y el principio de dependencia jerárquica se puede ver **COBO DEL ROSAL**, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, en *Cuaderno de Política Criminal*, No. 2, 1977, pág. 28-30; **LÓPEZ LÓPEZ**, “El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español”, en *Actualidad Penal*, No. 1, 1992, págs. 265-274; y **REY MARTÍNEZ**, “Gobierno, administración y Ministerio Fiscal”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, págs. 103-138.

<sup>461</sup> No obstante, la dependencia cuenta con tres limitaciones: la dimanada del principio de legalidad; la única consecuencia de la responsabilidad interna ante la desobediencia de un mandato superior con la consecuente validez a todos los efectos del acto realizado; y que este deber de cumplimiento delimita a los mandatos expresados por escrito y suscritos por el superior. V. **CONDE PUMPIDO**, “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico...”, op. cit., págs. 889-890. Según **GARCÍA GARCÍA**, el principio de unidad y dependencia jerárquica, esencial en la institución, a diferencia de la magistratura y que nadie cuestiona y que responde a la necesidad sentida de la uniformidad en la aplicación del derecho, es manifestación a su vez, del principio de seguridad jurídica. V. **GARCÍA GARCÍA**, “El principio de oportunidad en nuestro derecho vigente...”, op. cit., pág. 543.

Fiscal hacía su superior jerárquico, con relación a las órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones<sup>462</sup>.

No debemos omitir que también los artículos 2º, 22 y 48 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, regulan la dependencia jerárquica, como principio básico del actuar del Ministerio Fiscal.

Con relación a la tramitación de los procesos instruidos a menores por parte del Ministerio Fiscal, se estipuló en el artículo 18 de la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, que la Sección de Menores tendrá al frente un Fiscal Jefe quien se encargará de organizar los servicios y distribuir el trabajo entre los Fiscales de la plantilla, estableciéndose la especialización de dichos funcionarios integrantes; artículo que fue reformado nuevamente por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuyos términos ya han sido citados<sup>463</sup>.

Respecto al principio de dependencia jerárquica, la LORRPEME establece actuaciones por parte del Ministerio Fiscal, que podrían cuestionar también éste principio, como es el caso de la presencia de un Ministerio Fiscal distinto al del instructor del expediente, al momento de rendirse la declaración del menor, a falta de los que ejerzan la patria potestad o tutela, aspecto que como se ha indicado, se analizará más adelante.

---

<sup>462</sup> Art. 55 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>463</sup> Por otra parte, a la existencia de los diversos cuerpos legales que la LOPJ reconoce y proclama, se han unido otras importantes novedades orgánico procesales, particularmente en el ámbito de la jurisdicción penal que han supuesto un paso adelante en la implantación de los criterios de especialización, como por ejemplo es la jurisdicción de menores (art. 97 LOPJ), en donde la atribución de la investigación de los delitos y faltas cometidos por los menores actualmente se da al Ministerio Fiscal, reservando para los jueces de menores las funciones de enjuiciamiento, así como la adopción y control de medidas cautelares. Cfr. **ZARAGOZA AGUADO**, "Las Fiscalías especializadas y su relación con el Fiscal General del Estado", en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, Pág. 243-244.

### 2.3. Legalidad

La Constitución Española recoge el principio de legalidad<sup>464</sup>, desarrollándolo en los artículos 9º, en el que se garantiza este principio; 103, que contempla el sometimiento pleno a la Ley y al derecho por parte de la Administración Pública; y 106, que refiere el control de la potestad reglamentaria y legalidad de la actuación administrativa a cargo de los tribunales<sup>465</sup>.

El principio de legalidad<sup>466</sup> procesal, marca el acatamiento a las leyes que regulan el proceso. A su vez los actos ejecutados, deben realizarse de acuerdo a las mismas, ya que los ciudadanos tienen derecho a la legalidad procesal<sup>467</sup>. En efecto, tanto el artículo 124, párrafo primero, Constitucional, así como los artículos 5<sup>468</sup> y 6 del Estatuto Orgánico del

---

<sup>464</sup> El respeto al principio de legalidad supone el fundamento básico de toda sociedad civilizada y Estado democrático. La Constitución Española que expresa en su artículo 1 “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho”, prescribe en el artículo 9.1 que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”, garantizando esta el principio de legalidad, en el apartado 3º del mismo precepto Constitucional. Situado al máximo nivel este principio, el Ministerio Fiscal que en todo caso actúa con sujeción al mismo (art. 124.2), tiene además como misión primordial, en relación con la misión otorgada a otras instancias constitucionales, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad. Cfr. **DOLZ LAGO**, “Los principios de actuación del Ministerio Fiscal según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos”, *Revista del Poder Judicial*, No. 9, 1983, pág. 77.

<sup>465</sup> V. Arts. 9º, 103 y 106 de la Constitución Española.

<sup>466</sup> Hay que reiterar que el principio de legalidad se relaciona directamente con el actuar de la institución del Ministerio Fiscal, y no con el actuar individual de las personas que integran la misma. El principio de legalidad como aquel por el cual el Ministerio Fiscal actúa con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando e informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. De esta manera se observa el importante papel de la legalidad que viene a ser razón fundamental tanto en la actuación como en el objetivo del Ministerio Fiscal. Éste está llamado como no podría ser de otra forma, a cuidar y vigilar la aplicación de la Ley actuando, en todo caso, con el máximo respeto y sumisión a esta. V. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 187.

<sup>467</sup> Las opiniones expresadas con respecto al principio de legalidad abarcan una amplia gama delimitada por dos polos opuestos. El principio de legalidad se ha considerado como pilar irrenunciable del proceso penal en el Estado de derecho, constituyendo la línea de demarcación entre el orden liberal y un totalitarismo arbitrario. **GOSSEL, K**, “Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de derecho”, *Nuevo Foro Penal*, No. 23, 1984, pág. 5.

<sup>468</sup> La Ley 50/1981 de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, queda modificada por la Ley 12/2000 de 28 de diciembre, en su artículo 5, párrafo 2º, en los términos siguientes: “Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de

Ministerio Fiscal, confirman que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia, en defensa de la legalidad<sup>469</sup>

El Ministerio Fiscal, tan pronto como tenga conocimiento de la comisión de actos que pudieran considerarse constitutivos de algún delito, debe iniciar denuncia y constituirse formalmente como parte activa en el proceso penal, hasta conseguir el efectivo restablecimiento de la legalidad<sup>470</sup>. Este funcionario goza de independencia total de criterios objetivos para el ejercicio de sus funciones, cuya finalidad es lograr la aplicación del ordenamiento jurídico al caso que se trate, por parte del correspondiente órgano judicial, siendo ésta la peculiaridad de la posición procesal e institucional de dicha figura, a

---

Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva o la libertad de los detenidos puestos a su disposición con arreglo a la Ley. Mismo que sería modificado por Ley 14/2003, de 26 de mayo, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para quedar redactado de la siguiente manera: “El fiscal podrá recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante. Igualmente, y para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar el fiscal la detención preventiva. Todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa inspirarán la práctica de esas diligencias. A tal fin, el fiscal recibirá declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de Letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del Fiscal General del Estado. Transcurrido el oportuno plazo, si la investigación hubiera evidenciado hechos de significación penal y sea cual fuese el estado de las diligencias, el fiscal procederá a su judicialización, formulando al efecto la oportuna denuncia o querrela, a menos que resultara procedente su archivo. También podrá el fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”.

<sup>469</sup> V. Arts. 5º y 6º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Con relación al Ministerio Fiscal y Principio de legalidad ver obra de **MARTÍN PALLÍN**, “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales”, en *El Poder Judicial*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, págs. 1787-1828.

<sup>470</sup> “Según el principio de legalidad, el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitar la acusación por imperio de la Ley, siempre que llegue a su conocimiento un hecho que revista legalmente los caracteres de delito, sin que pueda atender a criterios de oportunidad o conveniencia. En una palabra, el Fiscal, contemplando un hecho que reviste apariencia de delito, está forzado a ejercitar la acusación, prescindiendo de otra consideración no sólo de índole particular (por ejemplo, jerarquía política, intelectual o social del inculpado), sino incluso social (por ejemplo, si el acusar puede llevar consigo una subversión del orden político, o si puede perjudicar a las directrices del Gobierno, etc.)”, **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1981, págs. 123-124.

diferencia de las demás partes, quienes están defendiendo sus respectivos argumentos para lograr el éxito de intereses encomendados, respetando obviamente, el principio de legalidad.

Cuando se inicie un asunto ante la sospecha de la comisión de un delito, el Ministerio Fiscal no puede solicitar el sobreseimiento del mismo, ni el órgano jurisdiccional concederlo, si subsisten los indicios que lo originaron, y se tiene información del probable responsable. Por otra parte, el Ministerio Fiscal ejercitará las acciones procesales conducentes en cada caso, para que los órganos jurisdiccionales competentes, aseguren o restituyan la legalidad, en cuantos supuestos concretos se haya producido su perturbación o inobservancia.

No debemos dejar de mencionar que otros artículos que regulan la legalidad, como principio básico del actuar del Ministerio Fiscal, en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, son los artículos 1º, 2º, 3º y 48.

La legalidad, como principio básico del actuar del Ministerio Fiscal en los procesos instruidos en contra de menores, la entraña a su vez el artículo 6º de la LORRPEME, que refiere las funciones de esa figura, mismas que consisten en el impulso de la acción penal y la defensa de la legalidad, y los derechos o garantías en interés del menor<sup>471</sup>.

---

<sup>471</sup> “El Ministerio Fiscal es un órgano del Estado de naturaleza verdaderamente compleja -integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, dice el art. 2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal-, que tiene asignadas muy diversas funciones relacionadas con el proceso jurisdiccional. Con carácter general la Constitución Española le encomienda la función de promover la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Tales funciones se ejercen por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad. Todo esto se concreta en las más diversas actuaciones ante los órganos de cualquier orden jurisdiccional”, **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil*, Editorial Dykinson, 2002, pág. 135.

En la jurisdicción de menores, el principio de legalidad y la observancia de las garantías procesales son fundamentales para el fin educativo y responsabilizador propuesto, cuya regulación, como hemos aludido, se encuentra en la Constitución Española y LORPEME, además de estar presente en las leyes supletorias de la materia como son el Código Penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>472</sup>.

El carácter de protector que se le atribuye al Ministerio Fiscal, desde el punto de vista Constitucional es con base a la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, requisito derivado de la misma vigencia del principio de legalidad que regula la actividad de esta institución. En los casos de menores debe cumplir la función que las leyes y normas le atribuyen, como lo es su tarea protectora en interés de éstos, procurando dicho principio, en estos casos.

Sin embargo, el proclamado principio de legalidad nuevamente puede verse afectado en virtud de algunas regulaciones del actuar del Ministerio Fiscal en la LORPEME, como en la que se le faculta estar presente cuando el menor rinda su declaración y no se encuentren en ese momento los que ejerzan la patria potestad o tutela, ejerciendo en este sentido su función de protector de los derechos del menor y su interés, a la vez, que por otra parte, se encarga de la instrucción del expediente y la formulación de la acusación, atribuciones expresamente asignadas. En tal virtud, y a pesar de que se traten de dos funcionarios diferentes, ambos pertenecen a la misma institución, por lo que deben

---

<sup>472</sup> En este sentido, por ejemplo, como apunta GALVÁN APARICIO, “El principio de legalidad -límite formal- obliga a que venga expresamente previsto tanto el comportamiento delictivo como la sanción que le corresponda. Las garantías que de este principio se coligen son muchas. Por un lado la taxatividad, exigiendo la descripción exhaustiva de la conducta y de la posible pena a imponer a esa conducta, derivándose la seguridad jurídica. Por otro lado, la irretroactividad de la Ley penal, ya que sólo las conductas que estuvieran expresamente recogidas en el momento en que se realiza el hecho permitirá la aplicación del tipo penal. Esta manifestación del principio de legalidad tiene la excepción de la retroactividad de la Ley penal más favorable. Esto es, la Ley penal podrá aplicarse a casos perpetrados con anterioridad a su publicación siempre que ésta norma posterior al hecho sea más favorable para el reo”, GALVÁN APARICIO, “Introducción a las consecuencias jurídicas del delito”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 128.

realizar un obligatorio esfuerzo para cohonestar esas funciones, como defensores por un lado, e investigadores y acusadores, por el otro.

Una cuestión más con relación a la afectación del principio de legalidad, es la facultad del Ministerio Fiscal establecida por la LORRPEME para recibir, o no, la declaración del menor, es decir, la Ley señala que el Ministerio Fiscal deberá recibir la declaración del menor, al menos que haya concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores. Con lo anterior, existe la posibilidad de que un expediente se dé por concluido en su instrucción, sin ni siquiera contar con la declaración del inculpado, y si esa autoridad procediera de tal forma caería en una contradicción de funciones, ya que al mismo se le está atribuyendo el carácter de inspector o vigilante de la Ley, a efecto de respetarse los derechos del menor y su superior interés.

Otro aspecto es que la LORRPEME establece que el Ministerio Fiscal deberá decidir respecto a la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores. Esta función asignada pensamos la realizará en su carácter de defensor y protector de los derechos e intereses del menor. Pero al optar por remitir el asunto, también podría estar actuando como instructor y acusador, debiendo cohonestar igualmente sus funciones para procurar el principio de legalidad. Por otra parte, no todos los asuntos de esos menores necesitan de la protección de las entidades referidas, y la decisión de remitirlos quizás hasta empeoraría su situación, la cual podría haber sido menos gravosa si se les hubiese sometido al procedimiento penal de menores establecido por la LORRPEME, atentándose de esa forma contra el principio de legalidad.

Un caso más lo encontramos en el relacionado con la solicitud del Ministerio Fiscal para la aplicación de alguna medida terapéutica al menor, a pesar de la existencia de alguna causa de exención o extinción de responsabilidad penal, actuación que a nuestro entender, atenta también contra el principio de legalidad, ya que para la aplicación de dichas medidas,

tiene que existir responsabilidad penal, que en estos casos por concurrir eximentes o excluyentes, no se da.

El último aspecto que mencionaremos, y que pone en juego el principio de legalidad, es la petición del Ministerio Fiscal de sustitución de la medida quebrantada no privativa de libertad, por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto. Y es que en la misma LORRPEME se establece que la duración de las medidas privativas de libertad, en ningún caso, podrán exceder del tiempo que hubiese durado la pena privativa de libertad que se le hubiese impuesto por el mismo hecho a un adulto, y ese supuesto (sustitución de la medida quebrantada no privativa de la libertad, por otra privativa de la libertad) en los procesos instruidos a los adultos no está regulado, además de que para proceder a ello, deberá celebrarse un nuevo proceso, justo, con todas las garantías procesales, para salvaguardar no sólo el principio acusatorio, sino también el de legalidad<sup>473</sup>.

En vista de todo esto, en los procesos penales, con más razón en el de menores, debe regir como fundamental, el principio de legalidad, ya que el mismo significa el principio de todos los llamados principios (principios de obligatoriedad, inmediación, concentración, etc.), y es que éstos se traducen en formas de expresión de la legalidad en sí, como elemento rector de la actuación procesal, para que de esa manera todos los actos procesales, sus formas y formalidades, que tienen su fuente en disposiciones jurídicas, no queden al arbitrio de los funcionarios intervinientes en el proceso. No debemos olvidar que lo legal tiene carácter obligatorio, es inevitable e irrenunciable, (salvo disposición expresa de la Ley), amén de que impone modalidades, formas y solemnidades.

---

<sup>473</sup> Pero todos estos supuestos los trataremos con detenimiento en el último capítulo del presente estudio.



## 2.4. Imparcialidad

Existen discrepancias sobre sí el Ministerio Fiscal es parte, o no, de un proceso, ya que se dice que si éste es imparcial, no puede ser parte del mismo, pero, independientemente de esta controversia, la cual no abordaremos por ser demasiado extensa y con diversos elementos para ser trabajo de otra investigación, relacionaremos el principio de imparcialidad, no sólo considerando al Ministerio Fiscal como institución, sino también de manera individual, y con su actuar<sup>474</sup>.

El principio de imparcialidad viene determinado por el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, como el principio por el cual el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados<sup>475</sup>.

---

<sup>474</sup> En general, se ha insistido en que este principio es preceptivo para que el Fiscal realice correctamente sus funciones. V. **MARTÍNEZ DALMAU**, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal...*, pág. 188.

<sup>475</sup> Vid. Además sobre el principio de imparcialidad en general, y sobre la abstención y recusación como medios para garantizarla se puede ver **CALVO SÁNCHEZ, M.**, “La recusación de los jueces y magistrados”, en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, No. 1, 1988, págs. 73-74; y de la misma autora, “El interés ideológico como posible motivo de recusación”, en AA.VV., *Crisis de la justicia y reformas procesales*, Primer Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 59 y ss., “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos: Necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”, en *Revista La Ley*, No. 4, 1989, págs. 995 y ss.; “Reflexiones sobre la causa novena del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, en AA.VV., *Estudios de derecho procesal* en honor de Víctor Fairén Guillén, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 81 y ss; y “La abstención y recusación en la LO 19/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, No. 6207, de 10 de marzo, 2005, Ref. D-59. En similar sentido **CASTAN TOBEÑAS, J.**, “Poder Judicial e independencia judicial”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Septiembre, 1951, págs. 239-240; **GIMENO SENDRA, J.**, *Fundamentos del derecho procesal (Jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, 1981, págs. 43 y ss., **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.**, “El derecho procesal en la hora presente”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 2-3, 1977, págs. 572 y ss., **MONTERO AROCA, J.**, “En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1976, pág. 161; **SÁNCHEZ BARRIOS, M.**, “El sobreseimiento en la reforma del proceso penal: Quiebra de la imparcialidad”, en AA.VV, *La reforma del proceso penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Madrid, 1990, págs. 879-889; y de la misma autora: “Sobreseimiento e imparcialidad”, en *Revista Justicia*, No. 4, 1990, págs. 873-880; “Independencia judicial e imparcialidad. Su regulación en España y en las constituciones latinoamericanas”, *Revista Verba Iustitiae*, Vol. 6, Argentina, 1998, págs. 15-55; *La impugnación de elecciones a representantes de los trabajadores: El procedimiento arbitral y los procesos especiales*, Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006, págs. 49 y ss.

El fundamento legal de este principio, además de estar en el segundo párrafo del artículo 124 Constitucional, lo encontramos a su vez y como se desprende de lo expuesto en el párrafo anterior en el artículo 7º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>476</sup>. Es importante apuntar que el Ministerio Fiscal, en la toma de posición o decisiones, no debe dejarse influir por sentimientos o inclinaciones personales, sino que debe formar su criterio con base a los ya establecidos por la Ley, amén de los regulados institucionalmente<sup>477</sup>. En efecto, la imparcialidad exigida al Ministerio Fiscal, se garantiza a través de la prohibición de intervenir en casos concretos, cuando concurren determinadas circunstancias que puedan poner en peligro el asunto. Asimismo, el Ministerio Fiscal actuará siempre movido por un interés sustancialmente público, definido por su tutela y amparo legal, prohibiéndosele inclinarse a favor de aquella parte a quien no le asiste el derecho, o apoyarla cuando éste pudiera chocar con el interés público tutelado por la Ley<sup>478</sup>.

Otros preceptos legales que regulan la imparcialidad como principio básico del actuar del Ministerio Fiscal, son los artículos 2 y 48 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de los cuales ya hemos hecho referencia.

En los procesos de menores, el actuar del Ministerio Fiscal con base en el principio de imparcialidad, lo encontramos, de igual forma, regulado por el artículo 6º de la LORPEME, en el cual se le asigna la instrucción de los procedimientos. Para esto, debe basarse en la valoración no sólo de las circunstancias adversas, sino también en la consideración de las situaciones favorables en el menor, procurando con ello, además, el principio básico del interés superior de éste.

---

<sup>476</sup> En virtud del artículo 7 de dicho Estatuto, por este principio el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados. Este principio es una consecuencia necesaria del principio de legalidad, ya que mal puede defender la legalidad quien no es independiente, objetivo o imparcial. Cfr. **DOLZ LAGO**, “Los principios de actuación del Ministerio Fiscal según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos...”, op. cit., pág. 83.

<sup>477</sup> V. **ALAMILLO CANILLAS**, *El Ministerio Fiscal español...*, op. cit., pág. 34.

<sup>478</sup> Con relación al principio de imparcialidad ver la obra de **MONTERO AROCA**, *Principios del proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 86-90.

Pero las atribuciones marcadas en la LORRPEME para el Ministerio Fiscal, pueden dar lugar a confusiones en las actividades a desempeñar por este funcionario, ya que por un lado tendrá la tarea de proteger al menor y defender a éste y, por otro lado, deberá cumplir su función acusatoria en defensa de la sociedad. En este aspecto, el órgano encargado de la defensa de los derechos del menor, será el mismo encargado de cumplir la función acusatoria, dirigiendo la fase de instrucción, pudiendo solicitar el sobreseimiento o archivo de las actuaciones en los casos que lo ameriten, conforme a su valoración y de acuerdo a la Ley.

En efecto, el principio de imparcialidad que regula el actuar del Ministerio Fiscal en los procesos instaurados contra los menores, podría verse también afectado, ya que por ejemplo la LORRPEME estipula que este funcionario que esta interviniendo como instructor y parte acusadora, puede decidir sobre la admisión, o no, de la declaración del menor, o de las pruebas ofrecidas por el Letrado Defensor del menor, parte defensora, surgiendo así el cuestionamiento siguiente: ¿cómo una parte puede decidir respecto a la recepción, o no, de los elementos de prueba ofrecidos por la otra?. Rompiéndose de esta manera el principio de imparcialidad.

Por otro lado, con el afán de procurar el principio de imparcialidad, cuando el Ministerio Fiscal resuelva la conclusión del expediente y remita el mismo al Juzgado de Menores, debe solicitar la apertura de la fase de audiencia y no omitirlo. Sobre esta situación la LORRPEME no dice nada al respecto, pero así se evitaría que sea el propio Juez de menores quien proceda a hacerlo, lo cual podría atentar según varios autores expresan, contra el proclamado principio de imparcialidad. Estas atribuciones las analizaremos detalladamente más adelante.

## 2.5. Oportunidad

Aunque se considera que cuatro son los principios básicos reguladores del actuar del Ministerio Fiscal, de acuerdo a lo citado expresamente por los artículos 124 Constitucional, y 2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, nos parece adecuado, referir un quinto principio por encontrarse relacionado directamente con los otros, especialmente con el de legalidad. Dicho principio es el de oportunidad<sup>479</sup>.

Uno de los artículos que contempla al mismo es el 8º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal<sup>480</sup>. En efecto, los principios de legalidad y oportunidad sirven de base para indicar cuándo debe incoarse el expediente y cuándo no, así como cuándo tiene que finalizarse el proceso penal.

En el ámbito del proceso penal de adultos, la instrucción corresponde a los jueces, teniendo los Fiscales del tribunal derecho de inspección directa sobre la misma, pudiéndose constituir al lado del Juez Instructor y hacer presentes sus observaciones en atenta comunicación, así como formular sus pretensiones por requerimientos también de manera atenta<sup>481</sup>. Si se ordena la incoación del expediente, se le hará saber al Ministerio Fiscal y

---

<sup>479</sup> El principio de oportunidad entraña la facultad que al titular de la acción asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. En un ordenamiento procesal, presidido por dicho principio, los órganos de persecución penal (el Ministerio Fiscal o la Policía), están expresamente autorizados, ante determinados delitos que no revisten esencial gravedad, a provocar el sobreseimiento de la instrucción, atendiendo a razones tales como la escasa lesión social, la reparación del daño, la economía procesal. Cfr. **GIMENO SENDRA**, “Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, en *Poder Judicial*, 2ª Época, Especial No. II, Justicia Penal, Madrid, 1987, págs. 34-35. Asimismo podemos encontrar otras definiciones del concepto del principio de oportunidad y, sus características en **LANZAROTE MARTÍNEZ**, “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 3, Ministerio de Justicia, 1996, págs. 174-177; **PASTOR BARBERET**, “El Ministerio Fiscal y el sistema de justicia criminal: Elementos para un análisis económico y criminológico”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, págs. 50-78.

<sup>480</sup> V. Art. 8º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

<sup>481</sup> Según **RODRÍGUEZ GARCÍA**, en España se sigue viviendo una situación de provisionalidad en lo que a la justicia penal se refiere, pudiéndosele achacar una falta de decisión en la adopción de nuevos esquemas procesales que de una vez por todas dejen de tener el carácter de urgente y parcial; con estas reformas aludidas, y especialmente en la estructuración de la fase de investigación y en la atribución de competencias de dirección de la misma al Ministerio Fiscal en detrimento del Juez de Instrucción, el legislador ha dado

esté comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante el tribunal. Lo anterior conforme al artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>482</sup>.

Cabe señalar que con relación al principio de oportunidad, la conformidad constituye un exponente principal del mismo. Y es que el principio de oportunidad se ha utilizado como un instrumento de política criminal para hacer frente al colapso y lentitud de la administración de justicia, así como a la ineficacia del sistema penitenciario, aunque su regulación en el ordenamiento jurídico español ha suscitado numerosas discusiones y críticas que, yendo más allá de las meras posturas que se aferran en la defensa a ultranza de uno u otro principio (legalidad u oportunidad), y en la crítica al opuesto se han centrado no sólo en el por qué de esta introducción (normalmente por la constatación de que la justicia no funciona), sino en cómo se ha llevado a cabo, considerándose que la instauración de la conformidad en el proceso penal español es uno de los temas más discutidos y controvertidos con los que se puede encontrar, tal como refiere RODRÍGUEZ GARCÍA<sup>483</sup>.

En los asuntos de menores infractores, el Ministerio Fiscal puede valerse del principio de oportunidad en su totalidad. En efecto, la LORRPEME regula dicho principio en sus artículos 18 y 19, con el fin de procurar la protección del interés del menor, concediéndole al Ministerio Fiscal amplias facultades para no incoar el expediente, o bien, para solicitar el sobreseimiento o archivo del mismo, si se presentan ciertas características y

---

muestras de lo que quiso y no se atrevió a hacer, produciéndose una extraña mezcla en las instituciones procesales existentes, con los inconvenientes derivados de la falta de coherencia del conjunto de la perturbación que experimenta el sistema con todas las consecuencias prácticas y discriminatorias que ello conlleva. **RODRÍGUEZ GARCÍA. N.**, *El consenso en el proceso penal español*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997, págs. 71-72.

<sup>482</sup>“Semejante artículo ha servido para que se apoyen en él, más o menos autorizadas opiniones, suponiendo que el mismo implica una subordinación del instructor al Fiscal durante el sumario. Sin embargo, dicha facultad no supone nada más que el poder de controlar en todo momento la marcha del sumario, para que cuando el Ministerio Fiscal considere que en la misma existe a su juicio, algún entorpecimiento, promover los recursos y correcciones oportunos, pero nunca una superioridad jerárquica sobre el instructor a todas luces desechable...”, **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., pág. 124.

<sup>483</sup> **RODRÍGUEZ GARCÍA. N.**, *El consenso en el proceso penal español...*, op. cit., págs. 73-74. Asimismo, sobre los principios del consenso y oportunidad se puede ver la obra de **CONTRERAS ALFARO. L.**, *Los delitos económicos relacionados con la corrupción: Los principios del consenso y oportunidad en sede procesal penal y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Editorial La Aurora LTDA, Santiago, Chile, 2004.

requisitos normados. Sin embargo, es importante mencionar que con el fin de no atentar contra los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, la LORRPEME regula en su artículo 16.2, que si un hecho cometido por algún menor puede presumirse de delito, deberá ponerse en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual podrá admitir, o no, la denuncia de acuerdo a la Ley. En ese sentido, Aragoneses, refiere: “El principio de oportunidad consiste en dejar a juicio del Ministerio Público la persecución de los delitos, y tiene un doble fundamento: por un lado se parte de la idea de favorecer la influencia del gobierno sobre la justicia penal, pero por otra parte, en el interés de la justicia material en contra de un formalismo legal”<sup>484</sup>.

En virtud del principio de oportunidad, los encargados de la acción penal, podrán, si se cumplen los requisitos legales, hacer uso, o no, del mismo, optando por la iniciación del proceso o su finalización en la fase de investigación, impidiendo su continuación, o decretando el final de la causa por suscitarse una conciliación entre las partes, o por la aceptación de la pena impuesta por parte del inculpa<sup>485</sup>.

Comparando el proceso penal de adultos (en el que la instrucción se encuentra a cargo del Juez Instructor ) con el proceso penal de menores (en el que el Ministerio Fiscal se encarga de la misma)<sup>486</sup>, señalaremos que la finalidad del primero, es contribuir a la eficacia del sistema penal, sin importar tanto la disminución del rigor de la pena, y aunque se pacte con el imputado la acusación, no se hace con el fin de adaptar dicha pena a las circunstancias personales del mismo, sino para que colabore en la investigación, a pesar de saberse que se le impondrá una condena segura, quizás menor a la que le correspondería; o en todo caso, si se le imputasen dos delitos, eliminar la acusación de uno a cambio de obtener la confesión del otro, obteniendo así una condena segura por uno de los delitos,

---

<sup>484</sup> **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., pág. 124.

<sup>485</sup> “El principio de oportunidad que rige en algunos ordenamientos penales significa que queda en manos de los órganos encargados de la persecución de los delitos, la incoación, o no, del proceso atendiendo a determinados criterios (reglada), o sin ningún criterio prefijado (discrecional)”, **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia...*, op. cit., pág. 91.

<sup>486</sup> En el proceso de menores, el Ministerio Fiscal sustituirá las actividades y competencias que se le atribuyen al Juez de instrucción en el proceso de adultos, aclarando que no todas, pues hay ciertas facultades que son únicas y exclusivas del orden jurisdiccional, mismas que serán reguladas por la LORRPEME.

eliminando la incertidumbre que el enjuiciamiento por los dos delitos pudiera traer, amén de apresurar la justicia penal. Por eso se puede decir que el objetivo del principio de oportunidad en el proceso penal de adultos, no es la resocialización del sentenciado, ni la aplicación de alguna política criminal, sino la eficacia del sistema penal. En cambio, en el proceso penal de menores, en virtud de su finalidad sancionadora-educativa, el objeto de éste principio será con el afán de la resocialización del menor, en concordancia con el principio del interés superior del mismo<sup>487</sup>.

### **3. Principios rectores básicos reguladores del actuar del Ministerio Público, de acuerdo a la legislación mexicana.**

Con relación a México, el Estado cuenta con una institución de rango Constitucional para hacer frente a problemas como el de la corrupción, así como para garantizar el orden social, la cual es conocida con el nombre de Ministerio Público, y que en la Constitución de 1917 significó una auténtica reivindicación social. Ella representa el interés social de la justicia. Así pues, el Ministerio Público vela por la estricta y oportuna aplicación de la Ley, de la observancia de la Ley por parte de las autoridades y ciudadanos, y ejerce la abogacía de la federación de la sociedad y de los individuos<sup>488</sup>. En México la institución es custodio de los principios de constitucionalidad y legalidad<sup>489</sup>.

Por lo que un Ministerio es una categoría del más elevado rango en el conocimiento de los asuntos de Estado, y cuando es Público es que representa la Ley y las causas del bien común. Por ello y amén de su naturaleza intrínseca, el Ministerio Público en México, es el representante de todas las personas y de la sociedad misma<sup>490</sup>.

---

<sup>487</sup> Cfr. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit. pág. 92.

<sup>488</sup> Cfr. **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea...”, op. cit. pág. 164.

<sup>489</sup> **PACHECO CARVE**, “El Fiscal en el derecho comparado...”, op. cit. pág. 134.

<sup>490</sup> Cfr. **PORTE PETIT MORENO**, “El Ministerio Público y su misión contemporánea...”, op. cit. pág. 164.

El Ministerio Público se trata de una institución que en México se encuentra integrada a la Procuraduría General de la República, tratándose de materia Federal, o a la Procuraduría General de Justicia, sea del Distrito Federal, o del Estado correspondiente, tratándose de materia común. La institución del Ministerio Público constituye un sector importante hablándose del sistema de justicia penal, y por ende, le corresponde igualmente parte del *ius puniendi*. Así como el total del *ius puniendi* está sujeto a una serie de límites y controles, también lo está el que corresponde al Ministerio Público<sup>491</sup>. La presencia del Ministerio Público en el campo del sistema penal, como órgano acusador, obedece fundamentalmente a la necesidad de superar las graves desventajas que implicó la averiguación de verdad por parte del Juez en el sistema inquisitivo. Conforme a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de México, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, a quien, por tanto, corresponde la investigación de los delitos; el ejercicio de la acción penal; solicitar las órdenes de aprehensión contra los probables responsables; buscar y presentar las pruebas que acreditan su responsabilidad; etc.<sup>492</sup>.

Así pues el poder de investigación de los delitos lo ejercen de facto el Ministerio Público y la policía judicial, mientras que la actividad jurisdiccional está atribuida al Poder Judicial. De esa forma el juzgador no puede juzgar por sí mismo, sino sólo a iniciativa del Ministerio Público que es el órgano de acusación, y que en todas sus formas de intervención es un presupuesto necesario de cualquier actividad jurisdiccional de los tribunales penales; operando de esa manera el principio de “*nemo iudex sine actore*”, por el que la jurisdicción no se ejerce sin acción, el cual constituye a su vez la piedra angular del

---

<sup>491</sup> En México se ha establecido un Código de Ética Profesional, para los Agentes Federales del Ministerio Público y de la policía judicial. Entre las obligaciones éticas de los Fiscales están las de dar trato cortés y digno al público y a los detenidos, y se les exige además de las tradicionales notas de lealtad, imparcialidad, honestidad, honor y discreción, actuar con conciencia de Estado, espíritu patriótico y valor con apego a derecho, con mesura y pulcritud en el entendido de que el Fiscal es el depositario de la confianza de la sociedad. V. **PACHECO CARVE**, “El Fiscal en el derecho comparado...”, op. cit., pág. 144.

<sup>492</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 29-30.



sistema penal acusatorio<sup>493</sup>. En efecto la función persecutoria está a cargo exclusivamente del Ministerio Público, quien debe buscar los elementos de convicción por medio de procedimientos que no sean atentatorios y reprobados, para que la libertad individual quede asegurada<sup>494</sup>.

Una interpretación adecuada del artículo 21 Constitucional, permite sin más admitir esa exclusividad del ejercicio de la acción penal a favor del Ministerio Público, la que sin duda debe estar revestida de una serie de límites y de controles. Para esto, en el ejercicio de la averiguación o investigación de los delitos, el Ministerio Público después de recibir la denuncia o querrela, practica una serie de diligencias para finalmente determinar si ejercita, o no, la acción penal, lo que implica determinar si se dan, o no, los requisitos del artículo 16 Constitucional los cuales son la comprobación de los elementos del tipo penal de que se trate y de la probable responsabilidad del indiciado. El Ministerio Público puede para el cumplimiento de su tarea averiguatoria, verse en la necesidad de adoptar medidas cautelares o precautorias, para garantizar la adecuada búsqueda de la verdad objetiva y la efectiva administración de justicia, lo cual debe realizar observando el principio de legalidad ante todo<sup>495</sup>.

Y es que tanto el Ministerio Público como la policía judicial están obligados en el ejercicio de sus funciones, a mantenerse dentro de los cauces de la legalidad, y a observar

---

<sup>493</sup> Ibidem; op. cit; pág. 28.

<sup>494</sup> Sobre la actuación exclusiva del Ministerio Público se dan a favor los puntos siguientes: Que el ius puniendi y la titularidad de la pretensión punitiva pertenecen al Estado, por lo que nada más natural que el ejercicio de la acción penal se confíe a un órgano del poder público; que el monopolio acusador estatal es congruente con la evolución jurídica, y constituye uno de los caracteres sobresalientes del derecho procesal contemporáneo; que la actuación del Ministerio Público responde mejor a los fines de la justicia penal, en cuanto debe estar informada por rigurosa objetividad y búsqueda de la verdad material; que la intervención del Ministerio Público como actor excluye reminiscencias de venganza privada, y consideraciones ajenas al marco público que ciñe al proceso penal de nuestros días; que no existen hoy las condiciones psicológicas, sociales y políticas que en otro tiempo explicaban el que se deje a los ciudadanos la función de ejercitar la acción penal, la cual no debe traer a colación la acción privada, particular o popular. Cfr. **GARCÍA RAMÍREZ**, “La acción en el proceso penal...”, op. cit., págs. 136 y ss.

<sup>495</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 32-33.

los diversos lineamientos y principios que son característicos de un sistema penal de un Estado de derecho. Por lo que en su actuar deben estar regidos por la idea del Estado de derecho, y por ello están obligados a preservar el Estado de derecho, planteamiento que se realiza por lo menos en el plano formal y teórico<sup>496</sup>. Cabe reiterar que el Ministerio Público es el que debe tener el señorío sobre la investigación y el control de la actividad investigadora que desarrolla la policía judicial. Es el que debe fungir como órgano de control de la arbitrariedad policíaca, de la misma manera que lo debe de ser de la arbitrariedad de otras autoridades<sup>497</sup>.

El ejercicio de la acción penal, o sea, la consignación por parte del Ministerio Público como órgano de acusación que es, constituye el presupuesto necesario para la actividad jurisdiccional de los tribunales penales. Pero no necesariamente en todos los casos en los que el Ministerio Público tome conocimiento de hechos posiblemente constitutivos de delito por denuncia o querrela debe tener la necesidad de poner en marcha al órgano jurisdiccional, ya que se estaría considerando al Ministerio Público como una simple vía, una especie de oficialía de partes por la que pasa todo asunto para después llegar al Juez. La función persecutoria del Ministerio Público, así como la función que corresponde al Juez, deben tener un sentido y obedecer a objetivos determinados, los cuales deben ser observados en cada uno de los aspectos en que se divide el ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, la investigación de los hechos denunciados tiene como finalidad el determinar si la denuncia o querrela pueden motivar el ejercicio de la acción penal, y la puesta en marcha del órgano jurisdiccional, ya que de otra manera la averiguación no tendría razón de ser. El ejercicio de la acción penal, por su parte que implica haber afirmado la existencia de una serie de presupuestos y condiciones para ello, adquiere

---

<sup>496</sup> Ibidem; págs. 35-36.

<sup>497</sup> **GOSSEL K**, “Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal en un Estado de derecho y sobre sus relaciones con la policía...”, op. cit., pág. 637 y ss.

sentido si con dicho ejercicio se plantea la perspectiva final de una sentencia condenatoria y la imposición de una pena. Si de antemano el Ministerio Público está conciente de que no se dan tales elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal, debe abstenerse de hacerlo. Ello obedece a la consideración de que la acción penal como potestad que corresponde sólo al Ministerio Público, de acuerdo al artículo 21 Constitucional, no es una potestad que pueda ser utilizada arbitrariamente al capricho del Ministerio Público, ya que antes que nada es una potestad o poder que se ha atribuido a tal funcionario por algo y para algo, esto es, que obedece a un objetivo que enmarca dentro de los objetivos que orientan a todo el sistema de justicia penal. Por ello, las determinaciones de tal institución deben ser tomadas en atención a tales objetivos, y la decisión del Ministerio Público de ejercicio, o no, de la acción penal, debe estar orientada, mas que por consideraciones utilitarias, por la idea de justicia fundamentalmente, De ahí que, si se toma la decisión del ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público debe actuar objetivamente y abstenerse de realizar acusaciones innecesarias, aunado a la desaprobación del castigo de un inocente<sup>498</sup>.

Se debe tener en cuenta que el sistema de justicia penal, en particular el sistema de justicia penal de un Estado democrático de derecho, está regido por una serie de criterios y principios fundamentales, que son los que delinear los alcances de su función, y los que determinan los límites del ius puniendi que corresponde a cada uno de los órganos del Estado que tienen que ver con la justicia penal. El Ministerio Público, por constituir un sector importante de dicho sistema, no escapa de tales criterios y principios, ya que tanto la Constitución Política como legislaciones secundarias le señalan su función y le fijan los límites dentro de los cuales debe desarrollarse su actividad para el cumplimiento de esa función. Sin embargo, aún con esas provisiones formales, no siempre el ejercicio del poder se ajusta a ellas cabalmente, de ahí que la propia legislación prevea, por una parte, los casos

---

<sup>498</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., págs. 37-38.

de desviación y de excesos en el ejercicio del poder, y por otra, establezca límites y los medios de control<sup>499</sup>.

#### **4. Principios procesales fundamentales a considerar en las actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal en España y Ministerio Público Comisionado en los procesos de menores infractores.**

Como decíamos anteriormente, el sistema de justicia penal u otro tipo de sistema de un Estado democrático de derecho, esta regido por una serie de criterios y principios fundamentales<sup>500</sup>, los cuales delinear los alcances de su función y determinan los límites del ius puniendi que corresponde a cada uno de los órganos del Estado que tienen que ver con la justicia penal u otras. En efecto, la institución del Ministerio Fiscal en España y Ministerio Público-Comisionado en México, por constituir un sector importante de tal sistema, no escapa de regirse por ciertos criterios y principios.

Así pues, existen principios procesales que deben observarse en el sistema de justicia penal u otros, y que igualmente tienen la función de limitar el ius puniendi de cada uno de los órganos del Estado, según el principio de la división de poderes, así como de garantizar los derechos del hombre frente a aquél en sus diferentes niveles de ejercicio.

Gracias a la evolución de justicia de menores a nivel internacional y a los compromisos adquiridos por algunos países en foros internacionales, se ha llegado a que estos realicen cambios significativos en sus respectivas legislaciones vigentes, como es el

---

<sup>499</sup> Ibidem; op. cit., pág. 42.

<sup>500</sup> Con relación a la administración de justicia en los casos de menores infractores en España, siguiendo el Apartado II.6 de la Exposición de Motivos de la LORPEME, observamos una declaración del reconocimiento de garantías, a la vez que se pone en evidencia que en el derecho penal de menores debe tratar de primar el superior interés del menor como elemento principal del procedimiento y medidas que se impongan a éste, concluyéndose que la valoración del interés superior del menor debe de realizarse sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales como el acusatorio, de defensa, de presunción de inocencia, etc.

caso de España<sup>501</sup> y México, los cuales han incorporando de una manera u otra a ellas la observación y el respeto a tales principios, principalmente por parte de las autoridades encargadas de administrar la justicia en materia de menores infractores, y que en este caso están relacionados directamente con las actuaciones del Ministerio Fiscal en España<sup>502</sup>, y Ministerio Público-Comisionado en México.

Los principios procesales que deben considerarse en la justicia de menores por parte de los funcionarios citados son: interés superior del menor y garantías de sus derechos; oportunidad; legalidad; intervención mínima; acusación; proporcionalidad; oralidad; contradicción, inmediatez, tipicidad; libre valoración de la prueba, presunción de inocencia y celeridad, principalmente<sup>503</sup>. Algunos de ellos se encuentran en sus respectivas

---

<sup>501</sup> “A este respecto la doctrina del Tribunal Constitucional, que debe servir para interpretar las normas de la nueva LRPM, se puede concretar en los siguientes puntos: (1) La intervención de los jueces tiene naturaleza penal, por lo que se requiere su tramitación a través de un procedimiento de naturaleza penal y, por consiguiente, inspirado por los mismos principios”, **ÁLVAREZ ALARCÓN**, “El enjuiciamiento penal de los menores”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, pág. 305.

<sup>502</sup> Sin embargo, a través de la detallada lectura y análisis de la regulación que presenta la LORRPEME, se va descubriendo como se atenta en esta Ley contra las garantías de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Española. En efecto, los artículos en que debemos poner principal interés son: artículo 17 (regula la libertad ambulatoria y su restricción mediante la detención); artículo 24 (regula el derecho a la defensa y asistencia de Letrado; derecho a ser informado de la acusación; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Así como las garantías y derechos referentes y que se desprenden de la tutela judicial efectiva de un Juez predeterminado; defensa y asistencia letrada; conocimiento de la acusación; utilización de los medios de prueba pertinentes; derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; presunción de inocencia); y artículo 39 (regula los sistemas de protección de menores contemplados en la legislación internacional). Cabe señalar que las garantías reguladas por el artículo 24 Constitucional se enfocan directamente a la persona inmersa en un proceso, siendo especialmente reconocidos dichos derechos para quien adquiere la condición de imputado, por lo que en ese sentido nos centraremos principalmente a las garantías que derivan de este artículo, sin perjuicio de poder aludir otros derechos que pueden verse limitados como consecuencia de las resoluciones adoptadas por el Ministerio Fiscal o por la regulación de su actuar en la LORRPEME.

<sup>503</sup> Merecen también destacarse los principios relativos a la disponibilidad del objeto mediante una oportunidad reglada, atenuación de la contradicción, etc. La Ley pretende evitar la idea de lucha o enfrentamiento que existe en el proceso de mayores, sustituyéndola por la comunidad de intereses y fines y la colaboración que debe existir entre todos los intervinientes, pero la contradicción existirá sin dejar de tener en cuenta el interés superior del menor, cuando por el Ministerio Fiscal solicite una medida y el Letrado Defensor del menor su absolución, amén del acusatorio no rectamente entendido respecto a la vinculación del Juez, todo ello sin olvidarnos de la oralidad, la publicidad, la inmediatez, la concentración, que contribuyen a la celeridad aunque para conseguirla sería bueno que se fijarían plazos máximos a la actuación del Ministerio Fiscal y del Juez de menores durante la investigación. V. **CALVO SÁNCHEZ**, “El procedimiento en la L.O. 5/2000 de 12 de Enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003, pág. 15. Arrom Loscos también hace una especial referencia de estos principios en

Constituciones o en los instrumentos internacionales, o bien en la legislación procesal penal. Como se observa los principios procesales son los mismos establecidos para el proceso penal de adultos<sup>504</sup>, a excepción del de interés superior del menor claro está. Pero pasemos a ver qué es lo que significa cada uno de éstos de manera más detallada.

#### 4.1. Interés superior del menor y garantías de sus derechos

El interés superior del niño es el objetivo último de todas las medidas que toman las entidades públicas o privadas de bienestar social, de las sentencias que dicten los tribunales, y de las decisiones de carácter administrativo o legal emanadas de las autoridades competentes<sup>505</sup> considerándose un bien jurídico superior a otros y que surge siempre a la hora de valorar la contraposición de intereses o bienes jurídicos protegidos<sup>506</sup>. Es difícil definir esa noción y los legisladores no lograron acordar un criterio unánime que sirviera de guía, para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de protección del menor<sup>507</sup>. Por esta razón la interpretación quedó abierta y las autoridades y quienes tengan

---

materia de impartición de justicia de menores infractores. V. **ARROM LOSCOS**, “Hacia una nueva legislación penal del menor. Perspectiva histórica y materiales para su desarrollo”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 387-388.

<sup>504</sup> Con relación a las garantías procesales y principios rectores del proceso ver obra de **LORCA NAVARRETE**, *Manual garantías jurisdiccionales y procesales de derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998, págs. 1311-1332.

<sup>505</sup> Es el principio inspirador de la justicia de menores y debe servir de guía y criterio interpretativo de todas las actuaciones de los intervinientes en esta jurisdicción. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción, diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 391. Sobre el principio del interés superior del menor ver obras de **CADENA SERRANO**, **GARCIMARTÍN MONTERO**, **GUTIÉRREZ SANZ**, **SAMANES ARA**, “La responsabilidad penal de los menores”, Edita *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2003, págs. 47-48; **RIVERO HERNÁNDEZ**, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, págs. 51-73. **SALADO OSUNA**, “Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva 17 (28 de Agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002, pág. 91.

<sup>506</sup> **FERNÁNDEZ MOLINA**, “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002, págs. 58-76; **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor”, en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 702; **TOME GARCÍA**, *El procedimiento penal del menor tras la Ley 38/2002 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 36-38.

<sup>507</sup> En todas las Exposiciones de Motivos que introducen la normativa sobre la materia de menores se hace referencia constante a que estas son guiadas entre otros principios básicos, por el interés superior del menor,

la facultad de tomar las medidas de protección pertinentes, deben determinar los criterios que expresen lo que es el interés superior del niño<sup>508</sup>.

El concepto del interés superior del menor lo podemos encontrar recogido en la normativa internacional como es la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, artículo 3.1, que refiere “que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas... una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y con otras expresiones en otros instrumentos internacionales. También lo podemos observar en el artículo 39 de la Constitución Española y el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

Así que podemos considerar ante todo que el interés superior del menor se considera el eje sobre el cual gira el proceso instruido en contra del mismo. En España<sup>509</sup>, y relacionándolo con nuestro tema, éste parte del principio de oportunidad, a través del cual el Ministerio Fiscal puede decidir incoar, o no, el expediente, de acuerdo a las características y requisitos establecidos por la Ley de la materia, con la finalidad de evitar, si procede, que el menor tenga que pasar por un proceso judicial, el cual podría ser más perjudicial que benéfico<sup>510</sup>, también de prevalecer sobre la adopción o no de medidas cautelares, como a lo largo de todo el procedimiento, en la sentencia y en la ejecución de

---

no es menos cierto que no existe una definición taxativa de éste, quizás porque resulte imposible fijarla, aún de forma aproximada, dado la extensión que puede llegar a abarcar, pues en suma constituye el fin último de toda intervención con menores de edad, pero es evidente que su carácter indeterminado, si bien favorece cierta flexibilidad en la toma de decisiones a los agentes intervinientes, por el contrario eso conlleva un precio en la medida que puede verse afectado el respeto de otros principios, como son el de igualdad y seguridad jurídica, ya que no cabe duda que cada sujeto interviniente, y en particular aquel que tenga la potestad para resolver finalmente, podrá tener una idea sobre cuál es el interés primordial del menor sujeto a procedimiento. Asumidas tales consecuencias, se considera que viene a ser el amplio abanico de derechos y principios reconocidos a los menores, y el desarrollo normativo de estos, los que pueden únicamente dar contenido al interés superior del menor. Ibidem; págs. 702-703.

<sup>508</sup> GALVIS ORTIZ, *Comprensión de los derechos humanos...*, op. cit., pág. 161.

<sup>509</sup> Dicho principio ha servido de guía en todos los cambios legislativos habidos en los últimos años en España, tanto en lo que refiere al ámbito de protección del menor, como al territorio jurídico de la reforma o responsabilidad penal, que en muchas ocasiones aparecen interrelacionados tanto a la hora del análisis de las circunstancias y situaciones de los menores, como a la hora de marcar la orientación y respuesta protectora o reeducadora y responsabilizadora del menor. PÉLAEZ PÉREZ, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 702.

<sup>510</sup> V. PÉREZ MARTELL, *El proceso del menor...*, op. cit., pág. 153.

medidas donde el criterio del interés superior del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor intermediación que el Estado<sup>511</sup>.

Algunos autores como ORNOSA FERNÁNDEZ refieren que el interés superior del niño entraña “la intervención, o no, de la justicia, cuya finalidad es el beneficio o ayuda del menor, los participantes en dicho proceso, podrían tener una visión diferente respecto a cuál es el auténtico interés de ese menor, y la consecuencia práctica va a ser para él totalmente diferente según cuál de esas posiciones prevalezca al final, con lo que este concepto, en principio nacido para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad”<sup>512</sup>.

En la Exposición de Motivos de la LORRPEME se establece que es “elemento determinante del procedimiento”. Y a lo largo del texto hay continuas referencias al mismo<sup>513</sup>. Así en la Exposición de Motivos II, 11, al decir que debe primar el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea. En el art. 7.3, al establecer que para la elección de la medida adecuada, el Ministerio Fiscal y el Letrado Defensor deberán atender al interés superior del menor, y el Juez de menores deberá motivar la

---

<sup>511</sup> **GISBERT JORDÁ**, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2000, pág. 153.

<sup>512</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 77. Se considera que el interés superior del menor hay que comprenderlo como la necesidad de atender a criterios varios (circunstancias sociales, psicológicas, culturales), no exclusivamente jurídicos, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor. Cfr. **GARCÍA PÉREZ**, “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 716. Asimismo, se ha dicho que el contenido de tal principio viene determinado por la atención a lo específico de las personas jóvenes: su edad, la evolución de su personalidad y su menor grado de integración social independiente. **ETXEBARRIA ZARRABAITIA**, “Algunos aspectos de derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 53, 2001, pág. 82 y ss.

<sup>513</sup> Son numerosas las referencias que tanto en la Exposición de Motivos de la LORRPEME como en su articulado contienen la necesidad de atender en la aplicación de este texto legal al superior interés del menor. **GARCÍA PÉREZ**, “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores...”, op. cit., pág. 715.



sentencia, expresando con detalle las razones por la que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor<sup>514</sup>. El artículo 23 señala que la instrucción del Ministerio Fiscal atenderá al interés del propio menor valorado en la causa<sup>515</sup>. Sin embargo, como se observa en la LORRPEME, no se define que significa en sí el interés superior del menor como tal, estableciéndose sólo algunos criterios como orientación para aplicarse al caso concreto y sólo se dice que el interés del menor debe estar primero que cualquier otro interés legítimo, y que las medidas que se apliquen deberán tener un fin educativo, para lo cual la autoridad que las proponga o aplique valorará cuál es la adecuada, en función a procurar ese interés superior, según el caso<sup>516</sup>.

Asimismo, el menor debe tener los mismos derechos que el adulto en el proceso penal, respetándose las garantías básicas como son: el derecho a que la causa sea dirimida por una autoridad u órgano judicial competente e imparcial, a través de una audiencia equitativa y sin demora; derecho a la presunción de inocencia; derecho a ser informado de la acusación; derecho a la asistencia jurídica y a un intérprete en su caso; derecho a no declarar contra sí mismo; derecho a ser oído; derecho a utilizar los medios de prueba,

---

<sup>514</sup> El proceso de menores esta encaminado a la adopción de unas medidas que fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas. La adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más el superior interés del menor. Debe darse el establecimiento de un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida.

<sup>515</sup> **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción, Diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 391

<sup>516</sup> Al respecto **MARTÍNEZ SERRANO** comenta, “A mi modo de ver hay que comprenderlo, de una parte como la necesidad de atender a criterios varios (circunstancias sociales, psicológicas, culturales...), no exclusivamente jurídicos, siempre que se adopte una resolución que afecte a un menor de edad. De otra, como la prevalencia del interés del menor cuando éste entre en colisión o concurra con otros intereses legítimos de particulares o de defensa social”, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”, en *La responsabilidad penal de los menores: Aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág.24.

puediendo interrogar a los testigos tanto de cargo como de descargo; derecho a que su vida privada sea respetada en todas las fases del procedimiento, entre otros<sup>517</sup>.

A efecto de procurar el principio del interés superior del menor, no sólo se debe considerar el respeto de los derechos y garantías procesales, sino también, se tendrán en cuenta las características reales, personales y sociales del menor, amén de contemplar el carácter educativo del proceso y su inmediatez; la competencia de la autoridad que deba conocer, tomando como base el domicilio del menor; la restricción y criterios de adopción para la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad; y la exclusión de la participación de la víctima en los casos marcados por la Ley.

Existen supuestos en la LORRPEME, en los que con el fin de salvaguardar el interés superior del menor, se atribuyen ciertas facultades al Ministerio Fiscal, como son la de estar presente (a falta de los que ejerzan la patria potestad o tutela) en el momento de que el menor rinda su declaración ante otro Ministerio Fiscal. Así también, el Ministerio Fiscal podrá recibir, o no, los elementos de prueba ofrecidos por la defensa, estableciéndose que dicho funcionario deberá recibir la declaración del menor, salvo si se ha concluido la instrucción y el expediente ha sido elevado al Juzgado de Menores. Éste funcionario a su vez podrá remitir los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, a efecto de que se promuevan las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor, o bien solicitar la aplicación de medidas terapéuticas en los casos en que existen causas de exención o extinción de responsabilidad penal.

Estas regulaciones nos llevan a preguntarnos, sí realmente procuran el interés superior del menor, o por el contrario, lejos de velar por el mismo pueden ser perjudiciales

---

<sup>517</sup> La Ley se ha guiado por el reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor. Ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos especializados de profesionales, en el ámbito de las ciencias no jurídicas. Así pues se debe instaurar un sistema de garantías que, al mismo tiempo, no obstaculice los criterios educativos y de valoración del interés del menor y el Letrado Defensor del menor ha de intervenir en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor.

y atentar contra sus derechos. Supuestos que analizaremos más adelante, considerando las legislaciones vigentes y lo establecido por los principios procesales.

Con relación a México, la LTMI no refiere de manera expresa nada relacionado con la procuración de dicho principio, sólo establece que se deberá garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política y los Tratados Internacionales, por lo que si México se ha adherido a la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del niño, instrumento legal cuya proclamación principal es precisamente el principio del interés superior del menor, queda el entendido que el mismo esta contemplado y por consiguiente debe ser ante todo respetado.

Cabe señalar que la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, invoca en su Preámbulo la conformación preceptiva de los principios de interés superior y vulnerabilidad social del niño, a partir de la Declaración de Ginebra de 1942. Estos principios se reafirmaron tanto en la declaración como en los pactos internacionales, y en otros instrumentos de organismos especializados, debido a que se reconoce que el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales<sup>518</sup>.

## **4.2. Oportunidad**

Siguiendo este principio, el derecho penal sólo puede y debería intervenir cuando resulte realmente eficaz para prevenir el delito, siendo aconsejable en virtud de ello renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente ineficaz, inadecuado e incluso contraproducente; por lo que en tales supuestos debe acudir a otros mecanismos

---

<sup>518</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, pág. 21.

que eviten tan indeseables consecuencias. En último término esta exigencia es una específica vertiente del principio de necesidad de la intervención punitiva<sup>519</sup>.

Así pues el principio de oportunidad<sup>520</sup> es aquel en virtud del cual se atribuye a la autoridad encargada de la acusación oficial, esto es, al Ministerio Fiscal, la facultad de no ejercitar la acción penal, no obstante la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y de su autor<sup>521</sup>, concurriendo determinados presupuestos y requisitos legalmente establecidos<sup>522</sup>.

---

<sup>519</sup> **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, “Los límites del Ius Puniendi”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Septiembre-Diciembre, 1994, Tomo XLVII, Fascículo III, pág. 101. “El principio de oportunidad es aquél en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado ius puniendi satisfecho), siempre según los criterios legales, en todo caso en que concurriesen sus presupuestos (esto es, ante toda conducta calificada de delictiva y punible), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, bajo condiciones precisamente especificadas en la Ley (la llamada oportunidad reglada) o con amplio arbitrio, del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubieses conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo”, **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2000, pág. 424.

<sup>520</sup> Con relación al principio de oportunidad se pueden consultar obras de relevante interés como las de **BERZOSA FRANCO**, “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en *Problemas actuales de la justicia penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 13-24; **CADENA SERRANO**, **GARCIMARTÍN MONTERO**, **GUTIÉRREZ SANZ**, **SAMANES ARA**, “La responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., págs. 50-52; **CONDE PUMPIDO FERREIRO**, “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, No. VI Especial, 1989, págs. 17-37; **CONTRERAS ALFARO**, *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción...*, op. cit., págs. 147-151 y 225-271; **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, “El principio de oportunidad, en El proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 49-78; **RODRÍGUEZ GARCÍA, N.**, *El consenso en el proceso penal español*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997, págs. 73 y ss.; **STIPPEL y MARCHIJO**, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002, págs. 20-30; **TOMÉ GARCÍA**, *El procedimiento penal del menor tras la Ley 38/2002 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal...*, op. cit., págs. 36-38.

<sup>521</sup> El principio de oportunidad a lo que se opone es la pretendida exhaustividad del derecho penal (de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable art. 100 Lecrim), que tiene su origen en la legalidad ordinaria, concretamente en las normas procesales que lo obligan a proceder penalmente contra los hechos sospechosos de criminalidad. **LÓPEZ LÓPEZ**, “Ministerio Fiscal y reforma del procedimiento penal. Normas y principios”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002, pág. 177. **HASSEMER** ha realizado una exposición interesante con relación a las razones a favor del principio de legalidad y de oportunidad, las cuales se pueden consultar en “La persecución penal: Legalidad y oportunidad”, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 4, Madrid, 1988, págs. 8-11.

<sup>522</sup> **LANZAROTE MARTÍNEZ**, “La oportunidad reglada como técnica de presunción punitiva...”, op. cit., pág. 245. La posibilidad de introducir criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal difícilmente puede ser concebido sino es en el marco de una serie de condiciones o presupuestos previamente fijados por la Ley (oportunidad reglada). **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000...”, op. cit., págs. 424-425.

El principio de oportunidad presenta dos direcciones diferentes: de un lado para la disminución de la sobrecarga de trabajo mediante la despenalización de la criminalidad de bagatela y, de otro, como justicia alternativa para una mejor reparación de los derechos violados de las víctimas o la más probable rehabilitación o reinserción del delincuente<sup>523</sup>.

El principio de oportunidad se encuentra presente también en las normas internacionales sobre justicia de menores como son la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 40.3 c)<sup>524</sup>; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (art. 11.1 y 2)<sup>525</sup>; la Recomendación No. (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>526</sup>, etc.

La oportunidad como principio procesal a considerar por el Ministerio Fiscal<sup>527</sup>, en el proceso penal de menores de acuerdo a la LORRPEME, entraña la determinación por

---

<sup>523</sup> **SORIANO IBAÑEZ**, “El principio de oportunidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 647.

<sup>524</sup> Dicho artículo refiere que “siempre que sea apropiado, la conveniencia de tratar a esos niños (acusados o culpables de infringir las leyes penales) sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las salvaguardas jurídicas”.

<sup>525</sup> Estas reglas conmina a los Estados participantes a “examinar la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes... para que los juzguen oficialmente” y en la Regla 11.2, que “la policía, el Ministerio Fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes reglas”. En la Regla 6 se establece que “se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

<sup>526</sup> Dicha Recomendación aconseja a los gobiernos de los Estados miembros a “alentar el desarrollo de procedimientos de desjudicialización y de mediación... a fin de evitar a los menores la asunción por el sistema de justicia penal y las consecuencias derivadas de ello; asociar a los servicios o comisiones de protección de la infancia a la aplicación de éstos procedimientos y la número 18 (87), donde se sugiere la adopción o ampliación de criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, conforme al contexto histórico y a la Constitución de cada uno de los Estados, con el fin de paliar retrasos en el curso de los procesos penales y acelerar y simplificar la justicia penal definiendo el principio de oportunidad como la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado.

<sup>527</sup> La actuación del Ministerio Fiscal es de gran relevancia y esta presente a lo largo de todo el procedimiento. **V. MARTÍNEZ SERRANO**, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000...”, op. cit., págs. 26-32, y **PANTOJA GARCÍA**, “El proyecto de la Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso”. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, Madrid, 1997. págs. 372-376.

parte de éste, para la no apertura del procedimiento o la renuncia al mismo<sup>528</sup>, optando por las posibilidades de la reeducación y corrección del menor infractor, en el ámbito familiar o educativo; por el resarcimiento anticipado; por la conciliación con la víctima, para lo cual el menor reconoce ante ésta el daño causado y ofrece disculpas; o bien, por la asunción de ciertas acciones reparadoras en beneficio de la víctima o perjudicado<sup>529</sup>.

En el caso de los menores el interés público al que el Ministerio Fiscal subordina su actuación no es el ligado al ejercicio del ius puniendi, ya que aquí no se esta ejercitando tal ius puniendi, sino que el interés público relevante en el procedimiento de menores no es

---

<sup>528</sup> Algunos autores como GARCÍA INGELMO consideran que el fundamento del principio de oportunidad es el interés del menor y si el Ministerio Fiscal puede dejar de promover la acción de la justicia en determinados supuestos, es porque el interés público que debe defender por exigencia del artículo 124 Constitucional no es ligado al ejercicio del ius puniendi, como en el derecho penal de adultos, sino que el interés público relevante en el procedimiento de menores no es otro que el interés del menor. V. **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 456. Otros autores como SORIANO IBAÑEZ son de la idea que tal y como esta concebida la LORRPEME, el Ministerio Fiscal también ejercita el ius puniendi del Estado, lo que pasa es que ese precepto también le obliga a procurar ante estos, los tribunales, la satisfacción del interés social, siendo ahí donde podría apoyarse la aplicación del principio de oportunidad, sin que suponga una contraposición al principio de legalidad que debe de presidir toda su actuación. V. **SORIANO IBAÑEZ**, “El principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 650. Por su parte PELAÉZ PÉREZ expone que la LORRPEME impone a todas las partes intervinientes la necesidad de tener siempre presente que el interés del menor es el aspecto fundamental a tener en cuenta. Al Ministerio Fiscal de un modo general, lo que le posibilita en términos amplios poner en práctica el principio de oportunidad, bien no ejerciendo la acción en los casos de delitos menos graves sin violencia o intimidación o en los casos recomisión de faltas, bien desistiendo de la continuación del expediente ya incoado, bien renunciando a la acusación. Igualmente, en los momentos de proposición de medida a imponer, con las limitaciones previstas en la Ley. Cfr. **PELAÉZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., págs. 703-704.

<sup>529</sup> La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 contempla que el Ministerio Fiscal no entable demanda o desista de la ya formulada en determinados supuestos. Para ello reconoce que es tarea de dicho funcionario impulsar y procurar la reparación civil de la víctima y al tiempo la de evitar la iniciación o continuación de litigios civiles innecesarios. Los supuestos en los que se admitiría que el Ministerio Fiscal no entable demanda pese a concurrir los requisitos formales para su interposición son: 1) supuestos de manifiesto desinterés expreso o tácito del perjudicado por la reclamación: se puede entender que no existe interés por parte del perjudicado cuando, habiendo sido emplazado en forma para que manifieste su voluntad y/o aporte las pruebas de que disponga, no comparezca sin alegar justa causa; 2) supuestos de manifiesta insolvencia del menor y ausencia de cualquier otra persona que pueda responder solidariamente con él: esta previsión de la Circular será más difícil de utilización en la práctica, toda vez que será difícil ex ante conocer la solvencia de los responsables; 3) supuesto de ínfima cuantía de los daños causados: la indeterminación del concepto ínfima cuantía hace en este punto esencial el propio sentido de la responsabilidad de cada Fiscal. En todo caso, sería descabellado que quien ha sido perjudicado en forma muy limitada pudiera, disparando con pólvora ajena, obligar al Fiscal a interponer demandas por cuantía ínfima poniendo en marcha (y ocupando) los limitados medios de la administración de justicia. **DE LA ROSA CORTINA**, “El Título VIII de la Ley Penal del Menor: Experiencias en su aplicación”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, Ministerio de Justicia, págs. 764-767.

otro que el interés del menor<sup>530</sup>. A diferencia de lo que comúnmente se objeta respecto de la aplicación del principio de oportunidad, cuando se trata del proceso penal de menores se acepta sin resistencia un reconocimiento extraordinario amplio del mismo, que en muchas ocasiones puede decirse que integra un ejercicio de la pura oportunidad porque la regla es tan escasa que resulta difícil encuadrarla en esta categoría. La primacía del interés del menor justifica todo el conjunto de medidas que la Ley introduce y la LORRPEME en razón de criterios educativos y del interés del menor, haciendo un uso flexible del principio de intervención mínima, recoge variadas manifestaciones del principio de oportunidad a las que dota de especial relevancia<sup>531</sup>.

La decisión de no apertura por parte del Fiscal, también obedece cuando no encuentre fundamentos legales suficientes para ejercitar acción alguna (supuestos en los que ese funcionario puede decidir sobre la iniciación del proceso o impedir su continuación). Así pues, de acuerdo al principio de oportunidad, el Ministerio Fiscal, en la fase de investigación, puede determinar la conclusión de la tramitación de las actuaciones, y optar por la finalización del procedimiento<sup>532</sup>.

La manifestación más destacable del principio de oportunidad lo constituye el desistimiento a que alude el artículo 18 de la LORRPEME<sup>533</sup> y los supuestos de sobreseimiento establecidos por el artículo 19<sup>534</sup>, incluyendo el 27.4 que se remite a él<sup>535</sup>.

---

<sup>530</sup> Cfr. **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 426.

<sup>531</sup> **MORENO CATENA**, “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de derecho”, en *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, Mayo-Agosto, Madrid, 2002, pág. 163.

<sup>532</sup> El principio de oportunidad reglada posee la virtualidad de excluir el enjuiciamiento y, en consecuencia, debe convertirse en un elemento nuevo a valorar en la fase intermedia. **HERNÁNDEZ GALILEA**, “La fase intermedia en el proceso de menores”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 749.

<sup>533</sup> **DÍAZ CAPPA**, “Algunos aspectos de la protección social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 548. En ese sentido **ORNOSA FERNÁNDEZ** refiere que el Ministerio Fiscal, como receptor de las denuncias, conforme al artículo 16 de la LORRPEME, está dotado de un principio de oportunidad reglada que regula el artículo 18 de la misma Ley, y con base en él puede decidir o no incoar el expediente al menor siempre que esté denunciado por faltas o hechos delictivos menos graves cometidos sin violencia o intimidación, siendo otras manifestaciones de tal principio la posibilidad de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima, según el artículo 19

Cabe señalar que el impedimento de la participación en el ejercicio de la acción penal, por parte del particular en ciertos casos regulados por la LORRPEME, es con el afán de procurar la actuación reformadora en interés del menor, dejando plena facultad del uso del principio de oportunidad, de forma exclusiva, al Ministerio Fiscal<sup>536</sup>. Sin embargo, dicha participación ha sido regulada de diferente forma, de acuerdo a las modificaciones hechas en un principio por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en la que se modificaron los artículos 8 y 25 de la LORRPEME, mismos que han sido reiterados tal cual por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre<sup>537</sup>. Las modificaciones fueron en el sentido de que el ofendido o víctima podrá intervenir en la solicitud de la medida a imponer al menor, así como intervenir en el procedimiento instruido al menor, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el mismo. Reforma que podría alterar de cierta forma el principio de oportunidad otorgado al Ministerio Fiscal, toda vez que ahora existe mayor intervención de la víctima en el procedimiento instaurado en contra del menor, pudiendo ser las decisiones de dicha autoridad ahora mayormente objetadas<sup>538</sup>.

Es importante reiterar que la particularidad del principio de oportunidad en el proceso de menores, parte de la finalidad sancionadora-educativa que hace que el

---

de la LORRPEME, o el archivo del expediente a instancias del equipo técnico que elabora el informe sobre el menor, cuando considere inadecuado, en interés de ese menor, la continuación de las actuaciones conforme al artículo 27.4 de la misma Ley. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “La fase intermedia del procedimiento penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, págs. 762-763. Este precepto es la máxima expresión del principio de oportunidad, ya que se faculta al Ministerio Fiscal a no ejercitar la acción penal pese a la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y un autor conocido, exigiendo la concurrencia de ciertos presupuestos y requisitos.

<sup>534</sup> En efecto, la LORRPEME pone en manos del Ministerio Fiscal el principio de oportunidad, regulándolo en los artículos 18 (para no incoar el expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar), 19 y 30 (para solicitar el sobreseimiento o archivo del mismo, si se presentan ciertas características y requisitos normados).

<sup>535</sup> Con relación al principio de oportunidad y otras actuaciones reguladas por la LORRPEME para la actuación del Ministerio Fiscal, o bien el resto de institutos como la conformidad, la suspensión del fallo, revisión y modificación de medidas, etc; no deben considerarse manifestaciones de oportunidad sino de diversos expedientes de diferente naturaleza que responden a fundamentos variados y persiguen objetivos claramente dispares. Cfr. **SORIANO IBÁÑEZ**, “El principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 651.

<sup>536</sup> V. Exposición de Motivos, Apartado I, numeral 2 y Apartado II, numeral 8 de la LORRPEME.

<sup>537</sup> Cfr. Arts. 8 y 25 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>538</sup> Con relación a nuestro trabajo de tesis estas modificaciones podrían trascender en lo relacionado con la solicitud de aplicación de medidas terapéuticas y cautelares en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad, y en el quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad y su petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto; lo cual explicaremos en sus apartados correspondientes.



enjuiciamiento sea sustituible, cuando se considere adecuado buscar la resocialización del menor, a través de formas extrajudiciales en interés del mismo, como ya se ha manifestado.

Por otra parte el principio de oportunidad constituye a su vez una consecuencia del principio de intervención mínima<sup>539</sup>, por cuanto la tendencia del derecho penal moderno pretende que su aplicación sea subsidiaria y no necesaria en todos los casos, y se amplía en el ámbito de menores para lograr precisamente que sólo se produzca la actuación judicial cuando realmente se entienda conveniente para el menor. Cabe referir que la LORRPEME establece determinados requisitos y condiciones para que tales principios puedan ser de aplicación<sup>540</sup>.

Un supuesto que relaciona el principio de oportunidad y el actuar del Ministerio Fiscal en el procedimiento penal de menores regulado por la LORRPEME es el de remisión de los asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores, a efecto de promoverse las medidas de protección necesarias<sup>541</sup>. Sin embargo, el hecho de que

---

<sup>539</sup> “Parece que cuando el legislador habla de intervención mínima, a lo que realmente quiere aludir es al principio de oportunidad, pues la intervención mínima significa que, el derecho penal sólo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesario, y el de oportunidad que, a pesar de que se haya cometido una infracción penal, la Ley entiende que es mejor y oportuno no intervenir”; **SÁNCHEZ PÉREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002. op. cit., pág. 28.

<sup>540</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “La fase intermedia del procedimiento de menores...”, op. cit., pág. 762.

<sup>541</sup> Para **DÍAZ CAPP**A podría pensarse que ya que al Ministerio Fiscal se le permiten valoraciones como las que conducen al acuerdo de desistimiento de la incoación del expediente (art. 18 LORRPEME), también podrá valorar otros aspectos menos llamativos inicialmente como el de la remisión, o no, del testimonio referido, Sin embargo, la dicción del art. 3 no corresponde con la manifestación del principio de oportunidad reglado que el art. 18 recoge. Aquel parte de un concepto de inimputabilidad biológica básica que no precisa de mayores concreciones, mientras que la valoración del Ministerio Fiscal ante las situaciones de desistimiento debe alcanzar todos los aspectos que el mismo precisa (comprobación del hecho, participación, tipo de delito y ausencia de habitualidad) y, sobre todo, y esto es lo más importante, la corrección en el ámbito educativo y/o familiar por lo que ya el legislador esta encomendando al Ministerio Fiscal la posibilidad de revisar también, con carácter previo a su decisión, la viabilidad de una medida protectora simple. Lo que realmente se remite a la Entidad Pública no es un atestado, sino un episodio de la realidad del menor, precisada en su caso, de contraste técnico. V. **DÍAZ CAPP**A, “Algunos aspectos de la protección social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., págs. 537-538. Con relación a que el artículo 3 no corresponde con la manifestación del principio de oportunidad, discrepamos con la opinión de dicho autor, ya que precisamente el Ministerio Fiscal con las facultades reales de su actuar reguladas por la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, puede valorar la procedencia de remitir, los particulares que considere necesarios a la Entidad Pública de Protección de menores.

el menor haya cometido un hecho ilícito, independientemente de su gravedad, no significa que necesariamente tenga que aplicársele una medida de protección, ya que para ésto tiene que valorarse cada caso en concreto, y sólo debe optarse por esa decisión cuando existan indicios de que el menor puede encontrarse en una situación de desamparo o riesgo, y que precise de dichas medidas de protección. Al hacerse uso del principio de oportunidad que la Ley confiere al Ministerio Público en el caso citado, tal autoridad puede abusar del mismo, atentando a la vez contra las garantías procesales del menor.

En México, siguiendo la LTMI, el principio de oportunidad con relación al actuar del Comisionado juega también un importante papel, ya que conforme al mismo dicho funcionario resuelve si procede, o no, en contra del menor<sup>542</sup>. Y como dice GARCÍA RAMÍREZ, la oportunidad permite tener en cuenta las exigencias de la defensa social<sup>543</sup>.

Hay algunos autores que consideran que muchas veces se abusa de la oportunidad en detrimento del principio de legalidad y que la discrecionalidad, sobre todo la amplia discrecionalidad que tiene la autoridad investigadora es propia de estados autoritarios. Por ello, en bien del principio de legalidad y de la justicia material, debe restringirse la oportunidad y discrecionalidad, de modo en que los casos en que se admita se prevea

---

<sup>542</sup> En otros países, al igual que en México y en España, a la autoridad instructora de procesos instaurados en contra de menores infractores, también se le ha otorgado el principio de oportunidad. Por ejemplo, la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, contiene el principio de oportunidad reglada, ya que ejercida la acción penal, el Juez Penal Juvenil puede a solicitud del Ministerio Público, dictar el desistimiento por las mismas causales en cualquier etapa del proceso. La conciliación también opera y puede darse en cualquier etapa del proceso, antes de que se dicte la resolución definitiva en primer instancia, en los casos que la Ley lo permita. En Honduras, el Ministerio Público también con base en el principio de oportunidad, puede solicitar al juzgado competente que se abstenga de conocer de la acción deducida, o que admita su desistimiento si se trata de infracciones cuya pena no es mayor de cinco años, siempre que se cumplan los requisitos marcados por la Ley. En Nicaragua la Ley encargada del tratamiento de menores infractores, asimismo regula el criterio de oportunidad reglada, el cual puede ser utilizado por el funcionario de la Procuraduría General de la República, quien se encarga de realizar las peticiones al Juez Penal de Distrito del Adolescente, o utilizado por el Juez de oficio, en los casos establecidos. Asimismo, procede la posibilidad de abstención del ejercicio de la acción penal por parte del funcionario de la Procuraduría General de Justicia, cuando se trate de delitos o faltas que merezcan penas correccionales, o cuando se trate de delitos culposos entre parientes, si cumplen los requisitos marcados por la Ley. Cfr. CARRANZA, E, “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la convención en América Latina”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, págs. 21, 22, 25 y 28.

<sup>543</sup> GARCÍA RAMÍREZ, “La acción en el proceso penal...”, op. cit., pág. 148.

legislativamente, y además se le someta también al control jurisdiccional<sup>544</sup>. Pero si se procediera a ello, ¿en dónde quedaría precisamente la “oportunidad” de dicho principio?.

Asimismo se tiene el criterio de que la necesidad de acusar se basa en el principio de legalidad y la posibilidad de abstenerse de acusar, previa valoración del orden político, se funda en el principio de oportunidad, por lo que se debe observar aquí que el principio de oportunidad, es la cara opuesta del de legalidad, y por ende, esta vinculado con el llamado Estado de Derecho<sup>545</sup>.

Somos de la idea que en este caso la autoridad instructora, llámese Ministerio Fiscal, Ministerio Público, Comisionado, Consejero o Juez, debe utilizar el principio de oportunidad buscando procurar al mismo tiempo un equilibrio con el principio de legalidad, tomando como base precisamente el principio superior del interés del menor, analizando todos los aspectos del actuar del menor infractor, para optar por la solución adecuada para lograr su educación y beneficio, adaptación o resocialización.

### **4.3. Tipicidad y Legalidad**

En España el artículo 1º de la LORRPEME, en lo que respecta a la aplicación de la Ley, realiza una remisión al Código Penal o leyes especiales, para la valoración jurídica de las conductas de los menores infractores, las cuales deberán estar contempladas en los tipos penales de las leyes referidas. Esto es, el Estado sólo puede reaccionar frente al menor ante hechos que constituyan ilícitos penales recogidos por una norma jurídica, no pudiendo

---

<sup>544</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 44.

<sup>545</sup> Cfr. **BALTAZAR SAMAYOA**, “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 143.

ejecutarse ningunas de las medidas establecidas en la Ley, sino es en virtud de sentencia firme.

Así pues, la tipicidad en el ámbito penal de los menores, supone que ninguno de ellos puede ser condenado por acciones u omisiones que no estén contempladas por el Código Penal y leyes especiales, al momento de su ejecución<sup>546</sup>. En efecto, la garantía de tipicidad como principio procesal a considerar por el Ministerio Fiscal, impedirá que éste pueda solicitar la aplicación de alguna(s) medida(s), fuera de los supuestos y de los límites que determinen las propias normas. En dicho ámbito también cabe admitir más flexibilidad que en el de los adultos, con el fin de que exista mayor opción para la discrecionalidad de la autoridad, y se pueda equilibrar las circunstancias personales y sociales del menor, a efecto de lograr la efectiva reinserción social de este<sup>547</sup>.

De conformidad con el principio de tipicidad, si se presentan los requisitos marcados por el artículo 1º<sup>548</sup> de la LORRPEME, al menor se le podrá exigir responsabilidad penal y someter a proceso, pero, si no se presentan esos requisitos, como es el caso de existencia de alguna causa de exención o extinción de responsabilidad, se regula la posibilidad de imposición de alguna medida terapéutica, lo cual puede presentar diferentes conflictos, como en su oportunidad lo detallaremos.

Con relación a la legalidad como principio procesal<sup>549</sup> a considerar por el Ministerio Fiscal, éste lo encontramos contemplado por el artículo 6º de la LORRPEME, que refiere la

---

<sup>546</sup> V. **CEZÓN GONZÁLEZ**, *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Bosch, S. A., 2001. pág. 33.

<sup>547</sup> V. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., págs. 74-75.

<sup>548</sup> El art. 1º de la LORRPEME refiere que “1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes especiales. 2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los tratados válidamente celebrados por España.

<sup>549</sup> Como destaca ARMENTA DEU, el fundamento del principio de legalidad se sitúa en garantizar la justicia, sin consideración a situaciones específicas, evitando arbitrariedades y buscando la igualdad, así como preservando la función persecutoria del Estado y el derecho penal en su faceta procesal, al asegurar la paz

serie de funciones atribuidas al mismo, como son la defensa de la legalidad<sup>550</sup> y los derechos de los menores; la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés; así como la observación de las garantías en el procedimiento. También esta regulado por el artículo 43 de la LORRPEME<sup>551</sup>, donde se indica que no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en dicha Ley, si no es en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma, así como tampoco podrá ejecutarse dichas medidas, si no es de acuerdo a lo prescrito en ésta o en los reglamentos que la desarrollen. En este sentido debemos hacer notar que el artículo 50 de la LORRPEME, a su vez establece que en caso de quebrantamiento de la ejecución de una medida no privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá solicitar su sustitución por otra privativa de libertad como la de internamiento en régimen semiabierto<sup>552</sup>, actuación que de

---

jurídica a través del eficaz funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. V. **ARMENTA DEU**, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Editorial PPU, 1991, pág. 65. Asimismo, con relación al principio de legalidad se puede ver **CORDÓN MORENO**, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999, págs. 89-95; **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, “La ejecución de las medidas (Artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*. Madrid., págs. 255-260; **DIEZ PICAZO GIMÉNEZ**, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, pág. 26-29; **GARICORTS SEMBLET**, “Planteo respecto a la posición de los principios de legalidad, de congruencia y acusatorio del proceso penal”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1, 2000, págs. 143-144; **MANCILLA OVANDO**, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal. Estudio constitucional del proceso*, México, 1999; **VICENTE MARTÍNEZ**, “El principio de legalidad penal”, en *Garantías criminal, penal, jurisdicción y ejecución*, Valencia, 2004.

<sup>550</sup> “Se admite pacíficamente que nuestro sistema procesal es de estructura legalista, en cuanto tasado por el principio de legalidad; que uno de los principios inspiradores de más profunda raigambre en el derecho penal es el indicado, por el cual el margen de discrecionalidad es leve, sólo puntualmente soslayable por el de oportunidad”, **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, VI-2000, pág. 379. Así pues con base al interés del menor el principio de legalidad puede ceder ante otro como es el de oportunidad, pudiendo el Ministerio Fiscal decidir lo contrario a lo tradicional del principio de legalidad (como es el ejercicio de la acción penal), optando por el no ejercicio de la misma.

<sup>551</sup> “Dicho precepto ha de ser relacionado con otros... (artículo 25 CE y artículo 1 LOPJ “imperio de la Ley”; artículo 6 LOPJ “Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la CE, a la Ley o al principio de jerarquía normativa”; artículo 3,2 CP. “Tampoco podrán ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y los reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”; artículo 2 LOGP “la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”)”; **ESCRIBANO SÁNCHEZ**, “Ejecución de medidas...”, op. cit., pág. 49.

<sup>552</sup> Asimismo, el artículo 50 de la LORRPEME se encuentra relacionado con la nueva regulación del artículo 51, apartado 2, de la ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que establece que si la medida es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

llevarse a cabo podría atentar contra el principio de legalidad consagrado por la misma Ley, ya que en su artículo 8, contempla que la duración de las medidas privativas de libertad, no podrán exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto por el mismo hecho, a un sujeto mayor de edad, amén de que en el caso de los mayores, si éstos quebrantasen la ejecución de alguna pena o medida no privativa de libertad, el Código Penal sólo contempla como sanción la multa; aunado a que no se debe dejar pasar por alto que para proceder en todo caso a imponer alguna otra pena, -en los asuntos de menores alguna medida-, se requiere llevar a cabo un nuevo procedimiento con todas las garantías procesales<sup>553</sup>, atendiendo al mismo artículo 43 de la Ley que nos ocupa.

A su vez, el principio de legalidad lo observamos en el artículo 1º de la LORRPEME, que señala que dicha Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho, por la comisión de hechos tipificados como delitos y faltas en el Código Penal, o leyes penales especiales. Con relación al principio de legalidad y la comisión de algún delito por parte del menor, sobre el que recaerá una medida, al fin y al cabo pena para muchos, PÉREZ MARTELL acertadamente apunta: “El principio de legalidad implica la imposición de penas por cada delito, y aunque el Fiscal actúa sujeto al principio de legalidad, hay que tener en cuenta que en el procedimiento de menores no se aplican penas, sino medidas, y que la proporcionalidad entre el delito y la pena no se traslada automáticamente a la relación entre hechos y medidas a imponer a los menores. En este procedimiento no se penan los hechos delictivos, sino que se examina la actuación del menor y se acuerdan las medidas necesarias y adecuadas para su reeducación. No basta con la comisión por el menor de un hecho delictivo, sino que es necesario que la finalidad educativa que preside el procedimiento,

---

<sup>553</sup> “La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 tras constatar que este precepto supone un expreso reconocimiento de la vigencia del principio de legalidad en sus vertientes procesal y penitenciaria, encuentra preceptos difícilmente compatibles con tal declaración y así se afirma que parece difícilmente conciliable con la facultad prevista en el artículo 50.2 “in fine”, que permite al Juez de menores, excepcionalmente y a propuesta del Fiscal, oídos el Letrado, el representante legal del menor y el equipo técnico, en caso de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, sustituir ésta por la medida de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento”. **DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA**, *Comentarios a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor*, Editorial Aranzandi, 2001, pág. 425.

exija como conveniente para el menor la imposición de una medida”<sup>554</sup>. Y aunque la autora refiere dicho principio con relación a la anterior legislación que regulaba la conducta de los menores en España, consideramos prudente citar lo expuesto por la misma, en virtud de que el Ministerio Fiscal, con base en el principio de legalidad, debe analizar hoy en día la actuación del menor imputado, tomando en consideración las características marcadas por la Ley, y sólo, si es necesario para su resocialización la aplicación de una medida, debe proceder a proponerla<sup>555</sup>.

Refiriéndonos a México, el ejercicio del poder que a cada órgano estatal corresponde debe regirse por el principio de legalidad, que entraña la exigencia de que cada órgano se maneje dentro de los cauces legales. Y como todo ejercicio del poder estatal requiere de limitación y de control, se establecen los contrapesos necesarios, tanto a través de las garantías individuales como de las formalidades jurídico-procesales, que dominan cada paso del procedimiento con el fin de proteger al inocente y de tratar correctamente al culpable<sup>556</sup>.

La legalidad por ejemplo en torno a los actos de molestia, está vinculada estrictamente al derecho de jurisdicción, que en este caso se traduce en el derecho al control judicial de todos los actos coactivos y cautelares que se realicen con motivo de la investigación y el procesamiento. En un procedimiento en el que se respetan todas las garantías procesales, es el Juez investido de autonomía quien puede autorizar y controlar todos los actos de molestia que afecten la privacidad, la libertad, los bienes, y las garantías

---

<sup>554</sup> V. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del...*, op. cit., pág. 155.

<sup>555</sup> “El principio de legalidad y el de oportunidad se equiparan en la L.O. 5/2000; y por ello, no siempre de todo delito o falta nacerá necesariamente un expediente de reforma de menores si se cumplen las previsiones legales. El artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá más peso específico en los procedimientos ordinario y abreviado para adultos, mientras en el de menores infractores será orientativo y siempre secundario, al existir una Ley que, en cierta medida, desmitifica el aludido artículo, en favor de una interpretación más flexible y humana del procedimiento; porque el principio de legalidad lo incoa necesariamente; el de oportunidad, puede producir el efecto contrario: no incoarlo o archivarlo”, **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas...”, op. cit., págs. 382 y 383.

<sup>556</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 28.

procesales de la persona; sin embargo, el principio de legalidad en los asuntos de menores infractores de México, se está violando con la realización de una averiguación previa, digamos administrativa, a cargo del Ministerio Público y Comisionado, que entraña actos de molestia que pueden verse afectados de parcialidad, amén de que no existe ningún control jurisdiccional respecto a ellos.

Con relación al principio de legalidad y respecto al actuar del Comisionado en su actividad designada, éste no debe actuar arbitrariamente, pues debe observar las exigencias de dicho principio, el cual es fundamental en todo procedimiento. Siguiendo el principio de legalidad si se llenan los requisitos para proceder en contra del menor debe hacerlo y si no debe abstenerse de actuar. En términos generales, una vez que el Comisionado ha llevado a cabo las investigaciones necesarias, concluirá con una decisión que puede adoptar las direcciones que marca la LTMI.

La determinación de las conductas sujetas a corrección, como la de las medidas a aplicar con tal objeto, satisface el principio republicano de legalidad, verdadera garantía de respeto a la libertad personal, en cuanto asegura que el órgano estatal no ha de intervenir sino en los casos expresamente previstos, y que su actuación sólo ha de manifestarse por las vías regladas para el encauzamiento<sup>557</sup>.

#### **4.4. Intervención mínima**

---

<sup>557</sup> Cfr. **GONZÁLEZ DEL SOLAR**, *Delincuencia y derecho de menores*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, pág. 124. Pero es verdad que también el principio de legalidad permite la impunidad de algunos comportamientos disvaliosos cuando no están tipificados como delitos; la seguridad jurídica exige que la comunidad tolere esta circunstancia en beneficio de sus bienes jurídicos. Este principio tiene tres exigencias para el Juez y para el legislador: *lex scripta*, *stricta* y *previa*. *Lex scripta* supone su aprobación por los órganos competentes dentro de la organización republicana y democrática de cada Estado. El Juez no puede usar la interpretación para la adecuación de la conducta ni de sus consecuencias, tampoco ninguna fuente reconocida en otros ámbitos del derecho, como la costumbre, jurisprudencia ni analogía. *Lex stricta* supone la definición estricta de los presupuestos de la acción, es decir, una descripción legal precisa de la conducta incriminada. El que la Ley penal haya de ser “*stricta*” significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de derechos. Con esto se impide que en materia penal el Juez se convierta en legislador sin convertirlo en un sujeto inerte frente al juzgador. *Lex previa* establece la necesidad de su vigencia con anterioridad al hecho de la causa. Implica la irretroactividad de la Ley penal. Trata de impedir la arbitrariedad del legislador y significa una protección al ciudadano contra la intervención abusiva del Estado. Este principio no es absoluto, ya que existen excepciones tales como la retroactividad de las disposiciones favorables. Cfr. **ZULITA FELLINI**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 63-64.



La regulación del principio de intervención mínima<sup>558</sup> en el ámbito de la justicia de menores a nivel internacional, ha sido establecido por las Reglas de Beiling y la Recomendación No. R (87) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Dicho principio tiene dos vertientes diferentes que lo definen: la primera se relaciona con el principio de subsidiariedad y la segunda con el carácter fragmentario de la norma sancionadora. El principio de subsidiariedad viene a significar que la norma sancionadora (por antonomasia la norma penal) debe ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El carácter fragmentario significa que el derecho penal (por extensión todo derecho sancionador) no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos<sup>559</sup>.

La intervención mínima como principio a considerar por el Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores instaurado en España<sup>560</sup>, se encuentra muy ligada al principio de

---

<sup>558</sup> Diferentes autores nos hablan del principio de intervención mínima como son **GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER**, “Comentarios a la Exposición de Motivos y al Título Preliminar”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*. Madrid, págs. 27-43; **RUIZ VADILLO**, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Madrid, 1997; **ZUGALDIA ESPINAR**, “Que queda en pie en el derecho penal del principio mínima intervención, máximas garantías”, *Cuaderno de Política Criminal*, No. 79. 2003.

<sup>559</sup> **MIR PUIG**; *Derecho penal*, Parte General, PPU, Barcelona, España, 1998, Págs. 73-74. En virtud del principio de intervención mínima el legislador selecciona y tipifica sólo aquellas conductas que más gravemente atentan contra la convivencia, de suerte que sólo con la conminación de una pena puede garantizarse aquella. Y esta selección de conductas puede continuar en la fase de aplicación del derecho, precisamente en virtud de criterios establecidos por el legislador; por lo que la intervención mínima está en manos del legislador: mediante la tipicidad en el momento primero de redactar el Código Penal; mediante reglas dirigidas a quien aplica el derecho en el momento posterior del desarrollo del proceso penal. Cfr. **DELGADO BARRIO**, “El principio de oportunidad en el proceso penal (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”, *Actualidad Penal*, No. 1, 1990, pág. 149.

<sup>560</sup> El principio de intervención mínima siempre como criterio rector en la justicia penal de adultos, en la de menores se redimensiona, se aumenta y flexibiliza en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución. Cfr. **PERIS RIERA**, “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *La Ley*, Año XXII, No. 5250, Madrid, 2001, pág. 1.

oportunidad<sup>561</sup>, ya que con base a ellos podrá optar por la posibilidad de no apertura del procedimiento; desistir de la incoación del expediente (por corrección educativa, etc); sobreseer el asunto (por conciliación entre el menor y la víctima, etc.); o bien, archivar el caso<sup>562</sup>.

Para DE URBANO CASTRILLO, el principio de intervención mínima “es uno de los medulares del actual derecho penal, y está íntimamente conectado con las tendencias desjudicializadoras que recordando la vigencia del aforismo “mínima non curat praetor”, defienden la despenalización de la delincuencia de bagatela y la aplicación del principio de oportunidad reglada, en la persecución de las infracciones penales, que deben limitarse a aquellas que vulneran los bienes jurídicos de mayor importancia para la sociedad, pues se parte de que el derecho penal es la “última ratio” y su recurso sólo está justificado como

---

<sup>561</sup> “Sin perjuicio de las consideraciones que amparan uno y otro principio, en tanto el de intervención mínima aboga, con carácter general, por un reconocimiento de que el derecho penal y sus consecuencias punitivas deben quedar relegadas a aquellas conductas que, en cada momento y lugar, deben ser consideradas como las más indeseables según la conciencia social por suponer los ataques más graves a los diferentes valores que aquélla propugna y defiende, y el de oportunidad pretende la posibilidad, jurídicamente admitida, de abordar las consecuencias de tales ofensas, una vez acaecidas, mediante mecanismos alternativos de solución fundamentados en la consideración particular del hecho y sujeto concretos. No cabe duda que ambos parten de la misma base fundamental de paliar los excesos negativos que una rígida apreciación objetiva del derecho penal y sus consecuencias, pudieran provocar. En el ámbito de la LORRPM, son varias las manifestaciones de estos principios, y así fundamentalmente, las posibilidades de archivo de las actuaciones por parte del Ministerio Fiscal, el desistimiento, la conciliación y reparación y los supuestos de sobreseimiento al amparo de los informes del equipo técnico conforme a lo dispuesto en el art. 27.4 de la Ley Orgánica 5/2000”; **DÍAZ CAPPÁ**, “Algunos aspectos de la protección social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., pág. 546. El principio de oportunidad es en el procedimiento de los menores, lo que el de legalidad en el de los mayores de edad a efectos de la responsabilidad exigida en el Código Penal vigente. **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas...”, op. cit., pág. 381.

<sup>562</sup> Exposición de Motivos, Apartado II, numeral 9 de la LORRPEME. “Dentro del punto nueve, apartado segundo y punto trece, se alude al principio de intervención mínima referida a las posibilidades de no apertura del procedimiento, posibilidad de renuncia al mismo, posibilidad de resarcimiento anticipada o de conciliación y reparación entre el menor infractor y la víctima, y también referido a las posibilidades de suspender condicionalmente la medida impuesta o sustituirla durante su ejecución. Todas estas posibilidades se desarrollan en los artículos 16, 18, 19 y 40”; **SÁNCHEZ PÉREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 26. Cabe señalar que no compartimos la idea de algunos autores que contemplan la actuación que entraña la solicitud del Ministerio Fiscal de la suspensión, sustitución o modificación de la medida, regulada por el artículo 40 de la LORRPEME, basada en el principio de oportunidad, ya que se ha desahogado un juicio y se ha dictado un fallo, por lo que el menor ha sido sometido a un procedimiento, siendo la idea principal del principio de oportunidad evitar precisamente el mismo en interés del menor.

última solución, esto es, en el caso de que no sea posible la reparación por otras vías”<sup>563</sup>. Sin embargo, tal autor argumenta que en el proceso penal de menores, no se emplea correctamente dicho principio, toda vez que éste se refiere más a la evitación del proceso, antes que a la regulación de vías de mediación, reparación, posibilidades de establecer alternativas, o a la suspensión de las medidas sancionadoras previstas en la Ley, opinión que compartimos.

Así pues, el Ministerio Fiscal en los asuntos de menores, con base en el principio de intervención mínima y de acuerdo a lo regulado por la Ley de la materia, deberá tener un especial cuidado, actuando sólo en aquellos casos cuyos comportamientos representen una clara manifestación de una conducta antisocial grave, o sobre aquellos que por su trascendencia individual o social, exijan de una respuesta pública que sirva de entendimiento al menor, y que en su caso, la actuación familiar o educativa, no sea suficiente para su resocialización, evitando así la incoación del expediente por hechos de poca importancia, aplicando el derecho penal mínimo, basándose en que éste debe ser la “ultima ratio”<sup>564</sup>.

Cabe señalar que a pesar de la incorporación del acusador particular regulada actualmente por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, sólo el Ministerio Fiscal puede determinar la pretensión penal del Estado<sup>565</sup>, e inclusive puede abortar la apertura del

---

<sup>563</sup> **DE URBANO CASTRILLO**, “*Legislación sobre la responsabilidad penal de los menores, Estudio preliminar*”, Editorial Aranzadi, 2001, pág. 21.

<sup>564</sup> Respecto a esto, **GALVÁN APARICIO**, nos dice, “En cuanto al principio de intervención mínima –límite material-, la sanción penal solo entrará en juego cuando las demás ramas del ordenamiento jurídico se hayan presentado ineficaces. De este principio se deduce, por un lado, el carácter fragmentario, y por otro lado, el carácter subsidiario del derecho penal. Antes de ofrecer protección debe identificarse un bien jurídico que sea merecedor de tutela penal, y que además sea necesaria esa tutela. Lo que significa que el legislador fragmenta la realidad, identifica una serie de bienes jurídicos y sólo aquellos que merecen esa tutela vienen recogidos en la norma penal”, *Introducción a las consecuencias jurídicas...*, op. cit., págs. 128-129.

<sup>565</sup> Cfr. **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores*, Civitas Ediciones. S.L, Madrid, 2000, pág. 137.

procedimiento<sup>566</sup>, siguiendo una estrategia de desjudicialización, lo cual se tiene en cuenta para relativizar las estadísticas sobre criminalidad juvenil<sup>567</sup>.

Así pues con base al principio de intervención mínima se busca evitar la criminalización como la estigmatización del menor derivada del proceso, en aras de la prevalencia del interés superior del menor. Asimismo nos hace reflexionar sobre la conveniencia de extender éste y otras figuras al derecho penal de adultos, que en estos últimos días responde con la incorporación de ideas similares como es la reparación de la víctima antes de la celebración del juicio oral, etc<sup>568</sup>.

El principio de intervención mínima relacionándolo con el actuar del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores, lo podemos observar en el artículo 3 de la LORRPEME, que regula la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que se promuevan las medidas de protección necesarias, para lo cual hacemos hincapié de que sólo deberá remitir éstos, cuando realmente lo necesite el menor, por encontrarse en situación de riesgo o desamparo. Así pues el principio de intervención mínima significa utilizar el sistema penal en lo estrictamente necesario, en aquello para lo que es absolutamente indispensable<sup>569</sup>.

El uso de la alternativa va con la idea de la menor o mínima intervención del sistema penal, en la que se impone el principio de que el derecho penal en sus diversas manifestaciones, debe ser tenido siempre como recurso de última ratio. De acuerdo con ello

---

<sup>566</sup> Cfr. **LÓPEZ LÓPEZ**, *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Editorial Comares, Granada, 2002, pág. 38, y **MORA ALARCÓN**, *Derecho penal y procesal de menores, doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 40-41.

<sup>567</sup> Cfr. **WALTER, M.**, *Kriminalitätsanstieg und kriminalpolitik*, Courakis, N. (Hrsg), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, juristische Fakultät, Universität, Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001, págs. 1245, 1247 y 1253.

<sup>568</sup> Cfr. **CÓRDOBA RODA**, “La Ley de responsabilidad penal de los menores: Aspectos críticos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, No.2, 2002, pág. 374.

<sup>569</sup> **GARCÍA RAMÍREZ**, “Justicia y menores infractores”, en *Criminalia*, Año LXVII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001, pág. 8.

sería muy aceptable si en México las determinaciones del Ministerio Público, o en el caso de los menores, del Comisionado, fueran motivadas por esa idea<sup>570</sup>.

Cabe referir que en la práctica en México se presentan diversos problemas que entrañan precisamente el principio de intervención mínima y la afectación al mismo. Por ejemplo, en los casos de los adultos hay supuestos en los que al cometer éstos algún delito, procede aplicárseles cierta pena alternativa o pecuniaria y no se les priva de la libertad, concretándose sólo el Ministerio Público a tomarles su declaración, en cambio a los menores infractores cuando son presentados ante el Ministerio Público por la comisión de un hecho semejante, son privados de su libertad por orden de dicho funcionario, remitiéndoseles al Consejo Tutelar. Por ello es conveniente que se determine qué conductas realizadas por menores son susceptibles de aplicación de pena privativa de libertad, ajustándose a un criterio de racionalidad especial para decidir si se aplica la sanción privativa de libertad, de manera que se llegue a una considerable disminución de los delitos realizados por menores, que merezcan tal pena, lo cual debe realizarse en atención del principio de intervención mínima, que además, esté de acuerdo con la capacidad de respuesta del menor.

#### **4.5. Acusatorio**

En España la regulación de dicho principio la encontramos en el artículo 24 Constitucional<sup>571</sup>, y aunque no se establece de forma expresa como tal, en dicho artículo se

---

<sup>570</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 44.

<sup>571</sup> El principio acusatorio informa el ordenamiento procesal español en su conjunto, del que nacen los derechos y las posiciones de las partes en el proceso. La Constitución adopta el sistema acusatorio y articula una serie de garantías y derechos procesales, básicamente establecidas en el artículo 24. **MARTÍNEZ ARRIETA**, “Correlación entre acusación y sentencia alcance del principio acusatorio”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. 1- 2000. Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 141. Con relación al principio acusatorio se pueden ver obras también de **ARMENTA DEU**, “Principio acusatorio: Realidad y utilización (Lo que es y lo que no)”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 2, 1996, págs. 265-291; **BANACLOCHE**

determina la vulneración de los derechos plasmados en el mismo (conocer la acusación y no sufrir indefensión)<sup>572</sup>, con lo que se consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, convirtiendo a su vez al Ministerio Fiscal, junto con el Juez, en coprotagonista del procedimiento juvenil.

Las notas que caracterizan al principio acusatorio son las siguientes: a) ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, al que se añade la exigencia de una acción pública y popular. Esta característica materializa los principios “ne procedat ex officio” y “nemo iudex sine actore”, que deben ser entendidos como prohibición terminante para el órgano jurisdiccional de iniciar un proceso y de sostener la pretensión penal<sup>573</sup>; b) división del proceso en dos fases a la que corresponden, respectivamente, la investigación y la decisión del hecho punible, sin que sea posible que quien interviene en la instrucción participe en la decisión, para evitar que el conocimiento de los hechos de la investigación prejuzgue la decisión; c) relativa vinculación del tribunal a los hechos y las pretensiones de las partes<sup>574</sup>.

---

**PALAO**, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, en *Cuadernos de Derecho Público*, No. 10, 2000, págs. 179-192; **DE DIEGO DIEZ**, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: Los principios acusatorio y el de contradicción”, *Justicia*, No. 1, 1988, pág. 136; **MARTÍNEZ ARRIETA**, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994, págs. 24-60; **MONTERO AROCA**, “El principio acusatorio (Un intento de aclaración conceptual)”, *Justicia*, No. IV, 1992, págs. 775-788; **ORTELLS RAMOS**, “Principio acusatorio. Poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, *Justicia*, No. IV, 1991, págs. 775-798; **SAINZ RUIZ**, “Principio acusatorio en la fase de investigación. Hacia un Fiscal instructor...”, op. cit., págs. 237-245.

<sup>572</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 196.

<sup>573</sup> V. **PICO I JUNOY**, “Nuevas reflexiones sobre la regla “Quien instruye no puede juzgar”, en *Justicia*, No. 3-4, 1999, págs. 537-544. Es importante distinguir aunque sólo sea muy sucintamente estas 2 funciones de instruir y acusar y juzgar, puesto que toda Ley procesal al regular las actuaciones procesales a realizar por cada uno, debe tenerlo en cuenta. **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA**, “El principio “El que instruye no debe juzgar” desde un punto de vista axiológico...”, op. cit., págs. 123-124.

<sup>574</sup> Cfr. **ASENCIO MELLADO**, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, 1991, pág. 18, y **GIMENO SENDRA**, *Fundamentos de derecho procesal*, 1981, pág. 190 y ss. Asimismo, **MONTAÑÉS PARDO** nos dice que la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal comporta tres exigencias básicas: 1) No hay juicio sin una previa acusación, 2) La acusación debe ejercerse por un órgano o persona distinto del que ha de juzgar, 3) El órgano enjuiciador está vinculado a los elementos identificadores de la acusación (hecho punible objeto de la misma y persona del acusado), de forma que no puede condenar por hechos diferentes ni a persona distinta. **MONTAÑÉS PARDO**, “Las garantías constitucionales del proceso penal”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, No. I, 2002, pág. 1970.

Consecuencia de las funciones que se otorgan al Ministerio Fiscal es el principio acusatorio puro que impera en el procedimiento de menores<sup>575</sup>, ya que el proceso sólo se pone en marcha cuando el Ministerio Fiscal decide incoar expediente al menor<sup>576</sup>.

Por lo que el principio acusatorio tiene como característica, la necesaria existencia de parte acusadora que ejercite la acción penal (Ministerio Fiscal), diferente e independiente de la que emita el fallo (Juez). Comprende el derecho de defensa y la existencia de un órgano judicial independiente que debe fallar con carácter imparcial<sup>577</sup>. La división de las funciones de instruir y sentenciar es con el afán de evitar que el órgano jurisdiccional, al dictar su fallo, elabore prejuicios sobre la responsabilidad del imputado.

El principio que nos ocupa significa, fundamentalmente, que la acusación y el juicio estén encomendados a sujetos distintos, considerando funciones de acusación la iniciativa procesal, la investigación de los hechos, y la búsqueda de elementos acusatorios; y funciones de juicio, la emisión del fallo de acuerdo a la valoración de los hechos, pruebas, y actuar del acusado. Con base en el principio acusatorio corresponde a las partes no sólo la introducción a los hechos a través de los escritos de calificación, sino también la

---

<sup>575</sup> Sobre el principio acusatorio y la LORRPEME ver **ORTEGO PÉREZ**, “Instrucción judicial y garantías (Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio)”, *La Ley*, No. 5514, 2002, pág. 2.

<sup>576</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “Las medidas cautelares en el procedimiento penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, Ministerio de Justicia, pág. 832.

<sup>577</sup> V. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor...*, op. cit., pág. 156.

proposición de acuerdo a los artículos 656<sup>578</sup>, 657<sup>579</sup> y 728<sup>580</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ejecución de la prueba<sup>581</sup>.

En el procedimiento penal instaurado en contra de los menores, la separación de ambos órganos se encuentra garantizada, siendo el Ministerio Fiscal titular de la acusación, no pudiendo el Juez de menores sancionar la comisión del delito si no existe pretensión penal de dicho funcionario<sup>582</sup>.

De igual forma, el principio acusatorio en el procedimiento de menores, establece la correlación entre la acusación y el fallo, garantizándose así, a su vez, el derecho de defensa<sup>583</sup>. Por lo que, el Juez de menores en su decisión debe atenerse a lo solicitado en la pretensión penal, tal y como lo encontramos regulado en el artículo 8 de la LORRPEME<sup>584</sup>,

---

<sup>578</sup> El artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refiere: “El Ministerio Fiscal y las partes manifestarán en sus respectivos escritos de calificación las pruebas de que intenten valerse, presentando listas de peritos y testigos que hayan de declarar a su instancia. En las listas de peritos y testigos se expresarán sus nombres y apellidos, el apodo, si por él fueren conocidos, y su domicilio o residencia; manifestando además la parte que los presente si los peritos y testigos han de ser citados judicialmente o si se encarga de hacerlos concurrir”.

<sup>579</sup> Dicho artículo establece que “cada parte presentará tantas copias de las listas de peritos y testigos y cuantas sean las demás personadas en la causa, a cada una de las cuales se entregará una de dichas copias en el mismo en que fueren presentadas. Las listas originales se unirán a la causa. Podrán pedir además las partes que se practiquen desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión”.

<sup>580</sup> Este artículo refiere que “No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas”.

<sup>581</sup> **RODRÍGUEZ RAIMUNDEZ**, “Notas sobre la presunción de inocencia”, *Revista del Poder Judicial*, No. 39, 1995, pág. 295.

<sup>582</sup> **V. ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 196.

<sup>583</sup> El principio acusatorio es un límite importante a las posibilidades del juzgador y que simultáneamente confiere al Ministerio Fiscal un protagonismo excepcional. El establecimiento de los hechos constituye en el proceso penal, la clave de todo el sistema derivado del principio acusatorio y el derecho a estar debidamente informado de la acusación es simple consecuencia. Así el principio general es que nadie puede estar indefenso en un proceso. De esta idea se obtiene una serie de consecuencias, y es la técnica procesal la que habilita los medios necesarios y suficientes para que tal principio se cumpla sin excepción alguna. **RUIZ VADILLO**, “El principio acusatorio”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 1, 1995, págs. 91 y 101.

<sup>584</sup> La LORRPEME no establece expresamente el derecho a ser informado de la acusación, y sólo titula uno de sus preceptos básicos, el artículo 8, como principio acusatorio, por lo que tal principio no es una consecuencia exclusiva del derecho a ser informado de la acusación, sino el resultado de una consideración conjunta de tal derecho y de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, y a un proceso con todas las garantías. Cfr. **AYO FERNÁNDEZ**, *Las garantías del menor infractor*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004, pág. 269. Por lo que la vigencia del principio acusatorio está reconocida, aunque de forma incompleta, en el artículo 8 de la LORRPEME, que dispone “El Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el



dónde se apuesta que el Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, lo que impide que el Juez pueda agravar la postulación del Fiscal. Puede imponer una medida más leve pero no una que sea más restrictiva de derechos o de mayor duración<sup>585</sup>. Tampoco podrá enjuiciar otros hechos, ni a otros menores, que no hayan sido objeto de la acusación<sup>586</sup>.

Esta es una de las diferencias que contempla la LORRPEME, ya que en el proceso penal instruido en contra de los adultos, queda en manos del Juez la determinación de la duración de la condena, considerando los límites establecidos en el Código Penal. Cabe reiterar que de acuerdo a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se modifica el artículo 8 de la LORRPEME, en el sentido de que el acusador particular también puede proponer la medida a imponer al menor, precepto legal que encontramos en el mismo sentido en la ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

A su vez debemos referir que para algunos estudiosos de la materia, como es el caso de HERNÁNDEZ GALILEA, el hecho de que el órgano encargado de la acusación sea el mismo que dirige la investigación, no aumenta las garantías, sino todo lo contrario, pues rompe la simetría existente en la instrucción, en la que ambas partes (acusado y acusador) deben solicitar al Juez las diligencias de investigación que consideren oportunas, lo cual no sucedería si el Ministerio Fiscal tuviera las características de independencia, inamovilidad y

---

Ministerio Fiscal”. En cambio, a pesar de la titulación del artículo, nada tiene que ver con el principio acusatorio la previsión contenida en el párrafo segundo del precepto, según el cual la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto de haberse aplicado. Por lo que, el artículo 8 de la LORRPEME contempla sólo una de las manifestaciones del principio acusatorio (la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia). No obstante, siendo de aplicación supletoria la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular los trámites del procedimiento abreviado (Disposición Final Primera de la LORRPEME), es indudable la aplicación a este tipo de procesos lo dispuesto en los artículos 733 y 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cfr. MONTAÑES PARDO, “Las garantías constitucionales del proceso penal...”, op. cit., págs. 1969-1970.

<sup>585</sup> PÁRAMO Y DE SANTIAGO, “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, págs. 275-276.

<sup>586</sup> VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Colex, 2000, págs. 70-73.

predeterminación por la Ley (la que tiene actualmente el Juez Instructor), siendo sólo así como conseguiría desempeñar las funciones que se le atribuyen en la Ley, con todas las garantías<sup>587</sup>. Nos imaginamos que con relación al acusador, dicho autor se refiere a ciertas diligencias que requieren de autorización judicial ya que afectan derechos fundamentales. Estas diligencias son la solicitud de medidas cautelares, o decreto del secreto del expediente, por citar algunas.

Así pues, la acusación en el procedimiento penal de menores, tiene las características siguientes: separación de funciones entre el Ministerio Fiscal (instruir y acusar) y Juez (sentenciar); necesidad de la acusación para iniciarse el proceso a través de la incoación del expediente; enjuiciamiento por parte del Juez de menores, sólo de los hechos referidos en la acusación, excepto si existiese error en la calificación jurídica; impedimento para el Juez de menores para acordar una medida mas grave, ni de mayor duración a la solicitada por el Fiscal (o por el acusador particular, siguiendo la actual Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre); debiendo dictar el sobreseimiento, en caso de que así lo proponga la autoridad instructora<sup>588</sup>.

El principio acusatorio ha sido junto con el principio de oportunidad, incluido como manifestación del de intervención mínima<sup>589</sup>.

Si consideramos las características citadas respecto a las funciones de acusación del Ministerio Fiscal, nos surge el interrogante del porqué si es un órgano encargado de llevar a efecto la misma, se le están atribuyendo facultades como la de estar presente, a falta de los que ejercen la patria potestad o tutela del menor, en el momento de que éste último rinda su declaración, pudiendo chocar ello con la división o separación de actuaciones que debe existir, ya que si esta instruyendo y acusando, cómo podrá a la vez encargarse de defender,

---

<sup>587</sup> V. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español...*, op. cit. pág. 95.

<sup>588</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., págs. 196 y 197.

<sup>589</sup> **MARTÍNEZ SERRANO**, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000...”, op. cit., pág. 34.

aunque se trate de un Ministerio Fiscal diferente, considerando que esa atribución sería más apropiada para el Letrado Defensor.

Por otra parte, cabe señalar que el principio de acusación lleva a la par el derecho de que toda persona a quien se le impute la comisión de algún delito, tenga conocimiento de esa situación, a efecto de que pueda hacer valer las garantías procesales, rindiendo su declaración y ofreciendo pruebas para su defensa, derecho que se está aniquilando al establecerse la facultad para el Ministerio Fiscal de no recibir la declaración del menor, por haberse concluido el expediente y haber sido elevado a juzgado, así como poder decidir respecto a la admisión, o no, de las pruebas ofrecidas.

Un supuesto más que puede atentar contra el principio de acusación, es el observado en el artículo 31 de la LORRPEME, que se refiere a la apertura de la fase de audiencia y en el que se omite la regulación para que sea el Ministerio Fiscal quien solicite de manera expresa la misma, debiendo ser en su defecto el Juez de menores quien proceda a abrir dicha fase procesal.

El principio acusatorio también lo podemos relacionar con el artículo 50 de la LORRPEME, que trata la petición por parte del Ministerio Fiscal, de la sustitución de medida no privativa de libertad, en caso de quebrantamiento en su ejecución, por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto<sup>590</sup>, acto que entraña violación de garantías procesales como en su oportunidad lo expondremos.

En México la LTMI contempla los principios de un proceso acusatorio, propio de una legislación actual. Aunque cabe señalar que dicho principio puede verse seriamente afectado al regularse en dicha Ley el procedimiento paralelo que lleva el Comité Técnico

---

<sup>590</sup> Disposición que se encuentra relacionada con el artículo 51, apartado 2, de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que establece que si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Interdisciplinario de solicitar al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor, que entraña la emisión del dictamen técnico de acuerdo al artículo 22 de la LTMI, que sirve de base, no vinculatoria, al Consejero Unitario para determinar el tipo de medidas a aplicar al menor, de conformidad con el artículo 61 de la LTMI. Ello en virtud de que se realiza cuando todavía no se ha determinado la responsabilidad del menor en los hechos imputados, es decir, antes de que se emita la resolución definitiva, más aún, antes de que la resolución haya causado estado; aspecto que más adelante lo desarrollaremos.

#### 4.6. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad<sup>591</sup> en el ámbito penal viene a significar esencialmente que las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido, por lo que éste no puede ser sancionado con penas más graves que la propia entidad del daño representado por la infracción, vinculándose a dicho principio la idea de la prohibición del exceso<sup>592</sup>. En efecto a este principio también se le denomina de prohibición de exceso<sup>593</sup>,

---

<sup>591</sup> “La proporcionalidad es, pues, algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas, constituye un principio inherente al Estado de derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales”, **PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO**, “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Revista del Poder Judicial*, No. 17-18, 1990, pág. 79. Existen diversos autores que tratan a fondo el principio de proporcionalidad como son **CUERDA RIEZU**, “Innovaciones de la mas reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal”, en *El nuevo derecho penal español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 176; **GARCÍA ARÁN**, “El llamado principio de culpabilidad ¿No hay pena sin culpabilidad?”, en *El nuevo derecho penal español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 411-412; **GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO**, “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1998, págs. 191-218; **MEDINA GUERRERO**, “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 5, 1998, págs. 119-142; **PEDRAZ PENALVA**, *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, págs. 313-376;

<sup>592</sup> **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**, “Los límites del Ius Puniendi...”, op. cit., pág. 102. En la exposición de motivos de la LORPEME se rechaza la proporcionalidad estricta o equivalencia pura entre gravedad del hecho y de la sanción que dicha Ley desplaza por atender especialmente el interés del menor, aunque permanece el principio en su vertiente de garantía de seguridad jurídica, como límite que impide imponer un castigo de mayor gravedad que la correspondiente a la entidad del delito. Cfr. **ABEL SOUTO**, “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, No. XXIV, 2002-2003, 2004, pág. 35.

que comporta la existencia de un equilibrio entre el injusto y el castigo<sup>594</sup> al igual que la imposibilidad de que las necesidades de prevención especial rebasen el maximum impuesto por razones de proporcionalidad<sup>595</sup>. Según su formulación en derecho europeo el principio de proporcionalidad en su sentido amplio se compone de tres elementos o subprincipios: a) el de la utilidad o adecuación; b) el de la necesidad o indispensabilidad; c) el de proporcionalidad “strictu sensu”<sup>596</sup>.

A diferencia del proceso de adultos en el que se busca la imposición de una pena que guarde proporcionalidad con el delito cometido y el grado de culpabilidad de su autor, por lo que ha de desarrollarse una minuciosa instrucción y actividad probatoria tendente a una calificación jurídica objetiva de los hechos<sup>597</sup>, en el proceso de menores ese esquema queda un tanto desdibujado, pues el principio de proporcionalidad no se despliega con la misma intensidad, y la labor instructora tiene como principal objetivo la valoración de la participación del menor en los hechos con las circunstancias psicológicas, sociales, educativas y familiares en las que se desenvuelve el menor, para así determinar qué medida de las previstas es la más idónea para lograr su educación e inserción social<sup>598</sup>.

Por lo tanto, la proporcionalidad como principio a considerar por el Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores en España<sup>599</sup>, significa que tendrá que valorar la

---

<sup>593</sup> **COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN**, *Derecho penal*, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 81.

<sup>594</sup> Cfr. **QUINTERO OLIVARES**, *Manual de derecho penal*, Parte General, con colaboración de **MORALES PRATS y PRATS CANUT**, Editorial Aranzadi, Elcano, 2002, pág. 100.

<sup>595</sup> Cfr. **LORENZO SALGADO**, *La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal español (Especial referencia a la reforma de 25 de junio de 1993)*, Coimbra, 1990, Separata del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXIII, 1987, págs. 32 y 33.

<sup>596</sup> **PERELLO DOMENECH**, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 28, 1997, pág. 70.

<sup>597</sup> El control de proporcionalidad de la acción del Estado (incluyendo al legislador), constituye un elemento integrante de la concepción actual de la cláusula del Estado de derecho. V. **RAINER HOFMANN**, *Die bindung, staatlicher macht, Rechtsstaatlichkeit in Europa*. s/f, pág. 15.

<sup>598</sup> V. **SEBASTIÁN OTONES**, “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores”, *La Ley*, Año XXII, No. 5371, Madrid, 2001, pág. 4.

<sup>599</sup> “El principio de proporcionalidad opera en derecho de menores en dos vertientes, ya que supone que no siempre por la comisión de un hecho delictivo grave se imponga una medida grave y porque implica que no pueda adoptarse una medida más grave o de mayor duración que la que podía haber correspondido a un adulto

gravedad del hecho cometido para solicitar la medida que considere apropiada, es decir, que exista equilibrio entre la gravedad del hecho y la medida impuesta, debiendo tomar en cuenta la imposibilidad de pedir la aplicación de medidas más graves, o de duración superior a la que correspondería por los mismos hechos, si de un adulto se tratase<sup>600</sup>. Dicho principio lo encontramos regulado en el artículo 8º, párrafo 2º de la LORRPEME<sup>601</sup>, en el cual observamos una idea de justicia inmanente a todo el derecho<sup>602</sup>, que funciona como límite al ius puniendi en el Estado democrático<sup>603</sup>. Y es que no se trata sólo de imponer medidas en torno a la gravedad del hecho delictivo cometido, toda vez que nos encontramos ante una “justicia educativa”, la cual está enfocada a la rehabilitación del menor, por lo que debe valorarse la importancia de su edad, considerando el déficit de madurez y reflexión<sup>604</sup>.

---

por los mismos hechos”, **GONZÁLEZ CAMPO**, “Celebración de la audiencia. Conformidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 805.

<sup>600</sup> En el derecho penal aplicado en los casos de menores infractores, debe primar el interés superior del menor como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se impongan, desde luego sin perjuicio de adecuar la aplicación de las medidas a otros principios garantistas generales tan indiscutibles como el de defensa o presunción de inocencia. Por otro lado, la pauta que se sigue sobre que a los hechos graves corresponde pena grave y a los leves sanciones leves en el marco de derecho penal del menor, es posible que el tratamiento de los delitos graves puedan implicar medidas leves, así que la LORRPEME sólo mantiene de la primera proyección de la proporcionalidad penal, el tope de la gravedad del delito como referente superior de la pena, o diciéndolo de otra manera, se trata de entender la proporcionalidad de modo más flexible que en el derecho penal de adultos, con el fin de que no se oponga a la funcionalidad educativa que rige el sistema jurídico de menores, debiéndose ver así a pesar de las modificaciones realizadas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, que ha agravado las medidas en lo que respecta al tiempo de su duración, dependiendo de la comisión por ciertos delitos.

<sup>601</sup> “El principio de proporcionalidad tiene menos intensidad que en el derecho de mayores, en el doble sentido, de que no siempre a la comisión de un delito seguirá la imposición de una medida y de que tampoco, necesariamente, a la comisión de un delito grave va a seguir una sanción grave. En cambio, si opera en sentido inverso, es decir, que la proporcionalidad entra en juego, en todo caso, cuando se trata de un hecho leve al que jamás puede seguirle una sanción grave”, **MARTÍNEZ SERRANO**, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal...”, op. cit., pág. 34.

<sup>602</sup> **MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN**, *Derecho penal, Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000, pág. 609.

<sup>603</sup> Cfr. **MIR PUIG**, *Derecho penal...*, op. cit., págs. 132 y 133, marginales 73-76, y **SAÍNZ CANTERO**, *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 42.

<sup>604</sup> Al respecto cabe señalar lo referido por **CADENA SERRANO**, “En el derecho penal de menores, en el que apenas tiene preponderancia alguna el fin de la prevención general, la proporcionalidad en la respuesta jurídica al menor infractor debe estar basada en la intervención de naturaleza educativa con el mismo”, “Las Medidas Previstas en la Ley del Menor”, en *La responsabilidad penal de los menores. Relación de títulos publicados de la colección “El Justicia de Aragón”*, Zaragoza, 2003, pág. 53.

Tanto la razonada flexibilidad de la autoridad, como la existencia de límites en la solicitud de imposición de la(s) medida(s) correspondiente(s), parten de su reconocimiento en el ámbito internacional<sup>605</sup>.

En la LORRPEME, se atribuye al Ministerio Fiscal la facultad de solicitar la aplicación de medidas terapéuticas en casos de existencia de causas de exención de responsabilidad, situación que puede resultar atentatoria de derechos fundamentales del menor, en virtud de que de acuerdo al principio de proporcionalidad, en el caso de los mayores en quienes concurren dichas causas, se les aplica, en todo caso, medidas de seguridad, y en el supuesto de que la pena que se les impusiera por la comisión del delito, no fuera privativa de libertad, no puede aplicárseles alguna medida de seguridad privativa de libertad, en cambio, en los asuntos de menores, de conformidad al artículo 5.2 de la LORRPEME, se establece la posibilidad de imponer al menor una medida privativa de libertad, como es el internamiento en un centro terapéutico.

El principio de proporcionalidad también puede verse afectado en el caso de quebrantamiento de ejecución de medida no privativa de libertad, al poder solicitar el Ministerio Fiscal, la sustitución de ésta por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto<sup>606</sup>, situación que si no procede en el caso de los adultos, ya que en este supuesto sólo se les aplica como sanción la multa, no debe considerarse ni por error en los casos de menores<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> “Este principio, recogido con carácter general en los arts. 5 y 6 de las Reglas de Beijing, que establecen la necesidad de una respuesta proporcionada a las circunstancias del menor-delincuente y del delito, con uso “juicioso” de las facultades discrecionales conferidas a las autoridades, supone tener presente un doble núcleo de circunstancias: las subjetivas o personales del menor, esto es, edad, nivel educativo, condición social, características de su realidad familiar; y las del delito en relación a la víctima, que incluye la entidad y características del hecho, los esfuerzos por reparar, las circunstancias de la víctima”, **DE URBANO CASTRILLO**, “Los recursos en la LORPM”, en *La responsabilidad penal de los menores: Aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 408-409.

<sup>606</sup> Supuesto relacionado actualmente con el artículo 51, apartado 2, de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>607</sup> “Cuando de medidas de internamiento se trate, el proceso para determinar la concreta duración habrá de pasar por analizar si el delito cometido lleva aparejada pena privativa de libertad (conditio sine quae non); en caso afirmativo, habrá de analizarse en relación con el caso concreto, cual hubiera sido la pena privativa de libertad máxima imponible si el infractor hubiera sido mayor de edad penal, y una vez obtenido ese límite

De la noción de culpabilidad han derivado pautas de proporcionalidad entre hecho punible y sanción, que en términos generales impiden que el fin preventivo pueda sobrepasar la consecuencia justa<sup>608</sup>.

En México, siguiendo la LTMI, se observa que hay casos en los que se puede aplicar la misma medida a un menor que ha cometido el delito de homicidio calificado, como a un menor que cometió el delito de robo con violencia, e incluso la duración de la medida de éste último supuesto puede ser mayor a la del menor infractor homicida, dado que esta puede prolongarse en el tiempo dependiendo de su adaptación. La inadecuación de las normas sustantivas de la LTMI al principio de proporcionalidad, tiene el efecto de producir desproporción entre la conducta ilícita y la medida de tratamiento que se aplica. Asimismo, se critica que no se tome en cuenta los principios de proporcionalidad y culpabilidad para la imposición de medidas, ya que el principio de proporcionalidad obliga a imponer la sanción en función de la gravedad del hecho, valorada a la luz del bien jurídico lesionado, y la falta de proporcionalidad da lugar a graves consecuencias de inequidad. Lo expuesto es consecuencia de que la Ley no garantiza una retribución cierta, justa y proporcional, ante las conductas tipificadas como delitos que cometen los menores, dado que la duración del internamiento depende de la respuesta del tratamiento, siguiendo el artículo 61 de la LTMI, como más adelante lo detallaremos.

#### 4.7. Oralidad

El principio de oralidad es una garantía frente al justiciable y frente a la sociedad<sup>609</sup>. La oralidad ha de predicarse del juicio oral propiamente dicho. Un proceso es oral si la

---

máximo (que en ningún caso podrá superarse), evaluar la medida a imponer al menor”, **DE URBANO CASTRILLO y DE LA ROSA CORTINA**, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, op. cit., pág. 149.

<sup>608</sup> Cfr. **ZULITA FELLINI**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 66.

<sup>609</sup> Con relación al principio de oralidad consultar obras de **MONTERO AROCA**, “El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Justicia*, No. VI, 1983, págs. 266-269, y **PIQUE VIDAL, RIFA SOLER, VAILS GOMBÁU, SEVRA LLUVIA**, “El proceso penal práctico”, *La Ley*, Madrid, 1990, pág. 19.



fundamentación de la sentencia se realiza exclusivamente mediante el material de hecho introducido verbalmente en el juicio. Es evidente que no todo puede ser oral, lo importante es que las actuaciones realizadas se exterioricen para que se les preste mayor atención. La instrucción es un periodo de preparación que ha de ser conciso y preciso e indicativo de los problemas que han de resolverse en el juicio a través de la oralidad<sup>610</sup>. La oralidad se manifiesta en actuaciones esenciales como la práctica de la prueba; los informes de acusación y defensa; la última palabra del acusado; y en especial que el Juez dicte sentencia con arreglo a las pruebas practicadas en el juicio<sup>611</sup>.

El artículo 120.2 de la Constitución Española incorpora la oralidad al marco Constitucional, especialmente en el proceso penal (“el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal”), aunque cabe señalar que dicha incorporación no es imperativa, de tal forma que no se opone a este precepto Constitucional el establecimiento de una fase o de determinados actos inspirados en el principio de la escritura<sup>612</sup>.

La parte sustancial de la vigencia del principio de oralidad es que llevan acompañada la de otros principios que son su consecuencia, como son los principios de inmediación, contradicción y publicidad.

El principio de oralidad en el procedimiento penal de los menores es de suma importancia, debiéndolo considerar en todo momento el Ministerio Fiscal, al ser a su vez uno de los derechos procesales que nunca deben verse limitados o disminuidos. Dicho principio tiene su mayor esplendor en la fase de audiencia, en la que se realizan todas las decisiones nucleares del proceso.

---

<sup>610</sup> Cfr. **RUIZ VADILLO**, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal. Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia...*, op. cit., págs. 105-106.

<sup>611</sup> V. **ARMENTA DEU**, “Principios y sistemas del proceso penal español”, en *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor J.M. Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 78.

<sup>612</sup> *Ibidem*.

Cabe referir que este principio puede verse seriamente afectado a su vez, por las facultades que se le otorgan al Ministerio Fiscal en la LORRPEME, observadas en el supuesto de la posibilidad de no recibir la declaración del menor, por haberse concluido la instrucción y el expediente haber sido elevado al Juzgado de Menores, así como no admitir la práctica de pruebas ofrecidas por la defensa, lo que perjudicaría la práctica de pruebas por parte del Ministerio Fiscal y que en su momento debiese exponer en la fase de audiencia<sup>613</sup>.

#### 4.8. Contradicción

El principio de contradicción significa la necesidad de que los elementos de prueba, o material sobre el que se va a emitir la resolución, pueda ser proporcionado por las partes, dando la oportunidad a éstas de exponer sus puntos de vista y alegaciones respecto a lo expuesto por la parte contraria, garantizando así también la igualdad<sup>614</sup>.

Y es que en efecto, para que exista un juicio justo se debe dar la posibilidad de confrontación de posiciones de las partes, alegando y contraalegando, pudiendo proponer medidas y acciones<sup>615</sup>.

En España el principio de contradicción, con relación a los asuntos de menores infractores, lo observamos en el artículo 26 de la LORRPEME, en lo relacionado a la solicitud de práctica de diligencias y ofrecimiento de pruebas por parte del Letrado

---

<sup>613</sup> Hay autores que consideran que el procedimiento que se instruye a los menores infractores debe adoptar la forma procesal de la oralidad, dejando constancia por escrito de todo lo básico solamente para poder ser sumarísimo. V. **SOLIS QUIROGA**, “Tratamiento de menores infractores”, en *Criminalia*, No. 1-3, Año XLV, Editorial Porrúa, México, D.F., Enero-Marzo, 1979, pág. 131.

<sup>614</sup> Dicho principio regula la llamada posición contradictoria, la cual significa dar posibilidad de audiencia al adversario. Con relación al principio de contradicción ver **DE DIEGO DIEZ**, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal...”, op. cit., pág. 137, y **MARTÍN GARCÍA**, “Presencia física de las partes en la fase de instrucción: Exigencia del derecho de defensa”, *Manual de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 179-207.

<sup>615</sup> V. **DE URBANO CASTRILLO**, *Los recursos en la LORPM...*, op. cit., pág. 411.

Defensor del menor, aunado con lo establecido por el artículo 22 de la misma Ley, que expone los derechos del menor al momento de la incoación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, dentro de los que se encuentran intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

Pero el principio de contradicción puede verse seriamente afectado al conceder la LORRPEME al Ministerio Fiscal la posibilidad para no recibir la declaración del menor por haberse concluido la instrucción, así como la facultad de admitir, o no, las pruebas ofrecidas, en su caso, por el Letrado Defensor lo cual además atenta contra los derechos fundamentales, ya que es una garantía procesal para las partes que puedan ofrecer los elementos contradictorios que consideren convenientes para su defensa.

También podría verse afectado dicho principio por la forma en que se encuentra regulado el actuar del Ministerio Fiscal en la LORRPEME y las facultades que se le atribuyen al mismo, como es la de asistir y acompañar al menor en su declaración, como lo establece el artículo 17 de esta Ley, a falta de los que ejerzan la patria potestad o tutela. Y es que debemos considerar que ese momento es de suma importancia, ya que a la hora de rendir su declaración el menor, puede que se desprendan aspectos relevantes que sirvan como elementos de prueba para su defensa, lo cual cabría cuestionarse si en verdad lo toma en cuenta el Ministerio Fiscal que lo esta asistiendo y se lo hace ver al Ministerio Fiscal instructor, amén de que dicha función le correspondería mejor al Letrado Defensor, para que desde ese momento comience de manera efectiva su defensa, a través de la contradicción.

#### 4.9. Inmediación

La intermediación significa presencia simultánea de los varios sujetos del proceso en el mismo lugar, y por consiguiente, posibilidad entre ellos de cambiarse sus comunicaciones<sup>616</sup>. El principio de intermediación se basa en algo inherente a la persona humana. En hablar directamente con otra persona<sup>617</sup>. Por lo tanto entraña la comunicación y necesaria presencia del Juez con las partes.

Dicho principio surge también en la fase probatoria, por lo que la actividad probatoria ha de transcurrir ante la presencia o intervención del órgano jurisdiccional encargado de pronunciar la sentencia. Así pues un procedimiento está presidido por el principio de intermediación cuando el Juez o Tribunal están obligados a formar su íntima convicción y a fundamentar su sentencia exclusivamente con el resultado probatorio que ha podido formarse bajo su directa intervención en el juicio<sup>618</sup>.

El principio de intermediación podría extenderse a su vez al contacto inmediato por parte de la autoridad investigadora, con los sujetos involucrados y medios de prueba (inspección ocular, pruebas documentales, testimoniales, informes periciales, etc.)<sup>619</sup>, con la

---

<sup>616</sup> **CALAMANDREI**, *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. S. Sentis, Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, pág. 330.

<sup>617</sup> **FAIREN GUILLEN**, “Los principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso en relación con el enjuiciamiento civil”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 4, 1981, pág. 561. El principio de intermediación básico en el derecho anglosajón aplicado esencialmente en los derechos socialistas, reconocido y establecido en los textos procesales de nuestro entorno, enemigo de la dilación y simultáneamente compañero de viaje de la oralidad, ha llegado a ser concebido como uno de los requisitos procesales relativo a la actividad estricta que todo acto procesal conlleva, concretamente a la forma del mismo en el momento de su recepción, llegándose a diferenciar entre intermediación o inmediatividad subjetiva, objetiva y de la actividad, aludiendo la primera (que es la que nos interesa), a las personas que deben realizar un acto, exigiendo su concurrencia como una necesidad general de los actos procesales. Vid. También **HERAS GARCÍA**, “Consideraciones relativas al principio de intermediación en la LEC/2000”, *Revista del Poder Judicial*, No. 65, 2002, pág. 165.

<sup>618</sup> **GIMENO SENDRA**, “Los principios del procedimiento penal” en *Derecho procesal*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 90-91.

<sup>619</sup> La STC 167/2002, de 18 de Septiembre, del pleno del Tribunal Constitucional, ha supuesto la introducción de una nueva doctrina según la cual en los casos de apelación de sentencias absolutorias en el proceso penal cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la tramitación del recurso de apelación no se

finalidad de adquirir el material necesario que le permita emitir su propuesta o determinación<sup>620</sup>. La garantía implícita en la intermediación tiene que ver con el carácter inmediato, es decir, no mediato o libre de interferencias, de la relación de todos los sujetos procesales entre ellos y con el objeto de la causa que propicia tal modo de concebir el enjuiciamiento<sup>621</sup>. De esta manera en los casos de menores el principio de intermediación se traslada también a la actuación del Ministerio Fiscal.

Respecto a los asuntos de menores, y con apoyo en el artículo 14 de las Reglas de Beijing, este principio se traduce en la inmediata puesta del menor a disposición de la autoridad competente, debiéndose sustanciar el procedimiento en un ambiente de comprensión, que permita al menor participar en él y expresarse libremente<sup>622</sup>.

La LORRPEME regula el caso de la remisión de los asuntos de menores de catorce años, por parte del Ministerio Fiscal, a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que se promuevan las medidas de protección a favor de éstos, cuando las circunstancias del asunto lo ameriten, lo cual deberá realizarse atendiéndose al principio de intermediación, para evitar violación a las garantías procesales.

---

practican nuevas pruebas, no puede el tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en primera instancia cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación. Vid. **MUERZA ESPARZA**, “El principio de intermediación y la segunda instancia del proceso penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 556, 2002, pág. 3. Cabe señalar que dicha sentencia aunque no se refiere al Ministerio Fiscal, consideramos importante referirla ya que pone de manifiesto la intermediación que tiene que ver también con el Tribunal.

<sup>620</sup>Referido, como se sabe, a la necesidad de la presencia del Juez en todos los trámites procesales de cierta importancia, puede extenderse a la del Ministerio Fiscal, de cuya intervención se ha dicho que se ha operado una auténtica metamorfosis o transfiguración... al pasar de una ausencia total a una presencia decisiva en este procedimiento”, **DE URBABO CASTRILLO**, *Los recursos en la...*, op. cit., págs. 410-411.

<sup>621</sup> **ANDRÉS IBAÑEZ**, “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 46, Madrid, 2003, pág. 57.

<sup>622</sup> Para tener una mayor visión respecto al principio de intermediación consultar obras de **GIMENO SENDRA**, **MORENO CATENA**, **ALMAGRO NOSETE**, **CORTES DOMÍNGUEZ**, *Derecho procesal*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, pág. 86; **MONTERO AROCA**, “El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, op. cit., págs. 269-270; **RUIZ VADILLO**, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Madrid, 1994, pág. 235, y de este mismo autor, *Estudios de derecho procesal penal*, Editorial Comares, Granada, 1995, págs. 159-161.

Con relación a México, el principio de inmediación entraña también la necesaria presencia del Juez con las partes en el proceso, y tratándose de los asuntos de menores infractores, consistiría en la relación directa del Consejero (quien funge como Juez en los casos de menores), Ministerio Público, Comisionado, con el menor, al igual que con cada persona que intervenga en el asunto: sus familiares, los testigos, la víctima, familiares de ésta. De esa forma el instructor a su vez se forma un concepto claro e inmediato del trasfondo de cada caso, además de recibir los informes técnicos y científicos relativos al mismo<sup>623</sup>.

Se considera que el principio de inmediación en la justicia de menores en México se cumple, ya que casi siempre el Comisionado, para resolver, exige la presencia del menor y de sus padres, así como el de las víctimas o sus familiares para estar de acuerdo con las realidades y no con pruebas astutamente preparadas con las necesidades juveniles.

#### **4.10. Libre valoración de la prueba**

El principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>624</sup> supone que los diferentes elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia<sup>625</sup>.

---

<sup>623</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, “Tratamiento de menores infractores...”, op. cit., pág. 131. En la anterior Ley reguladora de la conducta infractora de menores de México, existía la figura del Promotor, que tras de velar por el cumplimiento de la Ley, tanto dentro como fuera del Consejo, debía tomar la representación de los padres del menor, y por tanto la de éste, lo que implicaba una íntima e inmediata relación entre ellos.

<sup>624</sup> Dicho artículo establece que el tribunal apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa, y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en la Ley. Esto es, parte siempre de la existencia de una prueba válida.

<sup>625</sup> **NARVAEZ RODRÍGUEZ**, “La acusación y la apertura del juicio oral. Las cuestiones previas”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 1090.

Se presupone que la parte más fundamental en el juicio criminal es la comprobación del hecho tal y como se ha ejecutado, y de las circunstancias que caracterizan el delito y el grado de criminalidad de los autores, cómplices y encubridores. Así se previene que debe comprobarse el cuerpo del delito, conservando las armas, instrumentos o efectos de todas clases que puedan tener relación con el delito, con una descripción minuciosa de sus circunstancias<sup>626</sup>.

El proceso penal español de adultos se encuentra regido por el sistema de prueba libre, esto es, que las partes podrán ofrecer todo elemento de prueba que sirva para su defensa o sustentar su dicho, y la autoridad instructora tendrá la libertad de valorarlo, al igual que podrán obtener o proponer aquellos que sean necesarios para sostener su pretensión<sup>627</sup>. En el proceso penal que se les instruye a los menores, el Ministerio Fiscal deberá emitir su propuesta, apreciando o valorando los elementos de prueba obtenidos.

Por lo tanto, el Ministerio Fiscal se encarga de apreciar los elementos de prueba para emitir su determinación. No obstante, la LORRPEME lo faculta como lo hace en el artículo 26, para acordar la admisión, o no, de los medios de prueba ofrecidos por el Letrado Defensor, amén de otorgarle la posibilidad de que el expediente pueda darlo por concluido en su instrucción, sin haber recabado la declaración del menor, situación que lejos de favorecer al menor, lo perjudica.

---

<sup>626</sup> V. **ROMERO MORENO**, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 351-352.

<sup>627</sup> Para mayor información sobre este principio consultar obras de **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., pág. 44; **BERZOSA FRANCO**, “Principios del proceso”, *Justicia*, No. 111, 1992, págs. 560-580; **BORRAJO INIESTA**, “Presunción de inocencia, investigación y prueba”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 16-19; **JAEN VALLEJO**, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987, págs. 11-32; **MONTERO AROCA**, *Principios del proceso...*, op. cit., pág. 161; **PIQUE VIDAL**, **RIFA SOLER**, **VAILS GOMBÁU**, **SEVRA LLUVIA**, *El proceso penal...*, op., cit., pág. 20.

En el proceso penal de adultos, si los medios de prueba se han obtenido con violación de los derechos fundamentales, no podrán hacerse valer ni podrán ser admitidos, situación que también se aplica en el proceso penal de menores<sup>628</sup>.

#### 4.11. Presunción de inocencia

En España la presunción de inocencia se encuentra regulada en el artículo 24.2 Constitucional, que refiere los derechos cuando alguien es sometido a proceso. Ésta contempla las garantías siguientes: nadie puede ser condenado o declarado culpable, sin haber sido juzgado de acuerdo a la Ley en un procedimiento judicial; no podrá imponerse sanción, pena, o medida alguna a alguien hasta que su culpabilidad haya sido acreditada y determinada conforme a la Ley; nadie estará obligado a demostrar su propia inocencia, y siempre favorecerá la duda al acusado<sup>629</sup>.

---

<sup>628</sup> Según doctrina el Tribunal Constitucional “de las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE” resulta, además, una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas mediando la lesión de un derecho fundamental, de tal modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de los derechos fundamentales (SSTC 114/84, 107/85, 64/86 y 80/91 y 85/94 y 86/95). Ya estableció esta doctrina de la prohibición de la prueba ilícitamente contenida el Tribunal Constitucional con anterioridad a la publicación del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la conocida sentencia 114/1984: “constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (artículo 24.2 CE) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (artículo 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de medios de prueba pertinentes que aparece en el mismo artículo 24.2 CE pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse pertinente un instrumento probatorio así obtenido”. Prohibición de la valoración de la prueba ilícita que el mismo máximo interprete de la Constitución impone en cualquier fase del procedimiento, tal como expresamente dice la STC 81/ 1998: “como elementos esenciales del ordenamiento, objetivo de la comunidad nacional constituida en Estado de derecho, los derechos fundamentales sustantivos adquieren una dimensión procedimental: son reglas básicas de todos los procedimientos de la democracia, de modo que ninguno de ellos puede calificarse de constitucionalmente legítimo si no los respeta en su desarrollo o si los menoscaba o vulnera en sus conclusiones”. V. VENTURA FACI y PELAEZ PÉREZ, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., págs. 154-155.

<sup>629</sup> Ibidem; op. cit., págs. 151-152.



Así pues, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que enmarca su importancia al momento de emitirse un juicio, con relación a la valoración de la prueba, es decir, deberá existir una actividad probatoria de cargo mínima, lícita, y sometida a contradicción, para que pueda dictarse una sentencia, cuyo resultado sea condenatorio<sup>630</sup>. Se trata de una presunción “*iuris tantum*” aplicada a todo acusado por delito o falta, que en consecuencia admite prueba en contrario, pudiendo quedar desvirtuada únicamente por una mínima actividad probatorio de cargo, es decir, de signo incriminatorio de la que pueda deducirse la culpabilidad del procesado realizada con estricta observancia de las garantías y normas procesales, y sin violar otros derechos fundamentales y que se refiera a los elementos objetivos y subjetivos del delito o falta<sup>631</sup>.

La presunción de inocencia, como principio procesal a considerarse en el proceso penal de los menores, se traduce en que no se aplicará medida alguna, por muy “formativa” que sea, cuando no exista seguridad plena y cierta respecto de la comisión y autoría de los hechos imputados, pues de no realizarse las investigaciones correspondientes y desahogarse todos los medios posibles para acreditar la responsabilidad, el efecto podría resultar negativo en la formación integral del menor. Asimismo, en los casos en que se acredite dicha responsabilidad, la medida deberá ser la más conveniente para su reeducación.

Todas estas consideraciones deberán tenerse en cuenta por parte del Ministerio Fiscal, en especial en los aspectos que conciernen a la facultad de admitir, o no, las pruebas ofrecidas por la defensa del menor, y la posibilidad de concluir la instrucción del expediente sin recabar la declaración del menor; en la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que se promuevan las

---

<sup>630</sup> Para mayor información de este principio consultar obras de **BORREGO**, *Nuevo proceso penal. Actos y nulidades*, Editorial Lirrosca, Caracas, Venezuela, 1999, pág. 129; **CORDÓN MORENO**, *Las garantías constitucionales del proceso penal...*, op. cit., págs. 101-108; **MONTERO AROCA**, *Principios del proceso...*, op. cit., pág. 151; **RAMOS MÉNDEZ**, *El proceso penal*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1999 pág. 14.

<sup>631</sup> **MOLINO**, “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 3, 1993, pág. 595.

correspondientes medidas de protección en su caso; en la solicitud de la imposición de la medida de internamiento en centro semiabierto, por el quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad.

Y es que uno de los principios fundamentales a observarse en el procedimiento penal es el de presunción de inocencia, así como el principio *in dubio pro reo*, ya que la meta del procedimiento no es fundamentalmente el castigo del culpable, sino encontrar una solución adecuada en torno al hecho que motivó la intervención estatal, pues en el desarrollo del procedimiento puede encontrarse la no comprobación del mismo<sup>632</sup>.

Cabe señalar que en México al regularse en la LTMI el procedimiento paralelo que lleva el Comité Técnico Interdisciplinario de solicitar al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor, que entraña la emisión del dictamen técnico interdisciplinario, el cual debe cumplir una serie de requisitos para la individualización de la medida, atenta contra el principio de presunción de inocencia, toda vez que para cumplir con los requisitos necesarios, se realiza una serie de investigaciones que dan por sentado que el menor es responsable de la conducta atribuida. En efecto, tal procedimiento se efectúa cuando todavía no se ha determinado la responsabilidad del menor en los hechos imputados, es decir, antes de que se emita la resolución definitiva, más aún antes de que la resolución haya causado estado. Tal procedimiento, además de atentar contra la privacidad de la persona, va en contra de lo dispuesto por el artículo 36, fracción I, de la LTMI, que establece que hasta que no se compruebe plenamente la participación del menor en la infracción que se le atribuye, goza de la presunción de ser ajeno a los hechos.

---

<sup>632</sup> Cfr. **MORENO HERNÁNDEZ**, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público...”, op. cit., pág. 28.

#### 4.12. Celeridad

En España el principio de celeridad se encuentra recogido por el artículo 24. 2 Constitucional, al establecerse que: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, *a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías*<sup>633</sup>, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

El derecho del artículo 24.2 asiste, no sólo a quienes ocupen en el procedimiento la situación pasiva, sino también la activa. La acumulación de pretensiones, penal y civil, que caracteriza el procedimiento penal, posibilita que todas las partes procesales sean titulares del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>634</sup>.

Desde una perspectiva Constitucional el principio de celeridad se manifiesta también como auténtico derecho fundamental, que a todo ciudadano asiste, a un proceso sin dilaciones indebidas o a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable (artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

El trámite de los asuntos de menores infractores debe estar regido por el principio de celeridad, lo que implica abstenerse de la pérdida de tiempo en tramites y formalidades

---

<sup>633</sup> Desde una interpretación gramatical del artículo 24.2 claramente se deduce que dos han de ser los requisitos genéricos que han de estimarse vulnerados: en primer lugar, habrá de existir una dilación y, en segundo, dicha dilación habrá de ser indebida. A) Dilación: Por dilación no se puede entender otra cosa que el incumplimiento de los plazos y términos preestablecidos. Ciertamente el artículo 24.2 Constitucional no ha constitucionalizado el derecho a los plazos, ni, por tanto, su incumplimiento puede generar, por sí solo, el nacimiento de una pretensión de amparo, pero tal infracción procesal ocasiona una dilación que, de conformidad con el principio de impulso de oficio, habrá de ser vigilada y subsanada por el órgano jurisdiccional. B) Indebida: Sin embargo, a los efectos del artículo 24.2 Constitucional, lo decisivo es que la referida dilación merezca la calificación de indebida. V. **GIMENO SENDRA**, *Los principios del procedimiento penal...*, op. cit., pág. 97.

<sup>634</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 95.

innecesarias, abordando inmediatamente los aspectos de fondo para conocer el asunto, el diagnóstico y causas de desviación de la conducta, para decidir el tratamiento o medida a aplicar, su forma y el lugar adecuado para realizarlo<sup>635</sup>.

Con relación a México la propia Constitución Mexicana garantiza a los particulares, que se les administre justicia de manera pronta y expedita, además de completa e imparcial (Art. 17), fijándose plazos precisos para que los acusados sean juzgados (Art. 20, fracción VIII), actuando así bajo el principio de celeridad, que regula que los procedimientos sean acelerados y no se desarrollen interminablemente.

Es obvio que la instancia donde se encuentra un menor infractor es distinta a la de un delincuente común. De allí que la resolución que se tenga que emitir con mucha más razón debe de ser en un breve lapso de tiempo, tómesese la decisión que se tome<sup>636</sup>.

En virtud de la difícil edad del menor, el procedimiento judicial que dura muchos meses o años resulta inadecuado para lograr su correcta y pronta adaptación o reinserción social. Por lo tanto, debe aplicársele celeridad al procedimiento ante el Consejo de Menores.

La finalidad de haber explicado aunque sea de manera breve los principios procesales y el actuar del Ministerio Fiscal en España y Ministerio Público-Comisionado en México conforme a los mismos, ha sido para que tengamos una mejor idea en qué consiste cada uno, y los problemas que pueden surgir en virtud de la regulación de la LORRPEME y LTMI, con relación a las facultades otorgadas a dichas autoridades respectivamente. Pero

---

<sup>635</sup> Cfr. **SOLIS QUIROGA**, “Tratamiento de menores infractores...”, op. cit. pág. 131. El proceso instaurado en contra de los menores se debe concluir lo antes posible, ya que la respuesta al comportamiento del menor debe ser lo más cercana posible a los hechos, para que la respuesta que se le dé y la intervención que se proponga tenga mayor eficacia. **PÁRAMO Y DE SANTIAGO**, “Análisis del procedimiento....”, op. cit., págs. 255-256.

<sup>636</sup> **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 14.

estos aspectos conflictivos que hemos mencionado, los desarrollaremos aplicando obviamente dichos principios, en el último capítulo de este trabajo.

## 5. Principios generales reguladores del actuar del Letrado Defensor

La misión<sup>637</sup> confiada al Letrado o Abogado Defensor impone rigurosos deberes<sup>638</sup>, amén de que se han establecido derechos y facultades para que ejercite su actuar y cumpla con las tareas encomendadas. De igual forma, su actuar deberá regirse por los principios básicos siguientes: 1) La Abogacía se considera una profesión que desempeña una función de carácter público; 2) Su ejercicio requiere libertad e independencia, y por tanto, desenvolverse en un plano de igualdad; 3) Para su desempeño es precisa una aptitud; 4) La actividad profesional impone rigurosos deberes y ha de verse amparada en aquellos derechos que permita realizarla; 5) Para el mejor cumplimiento de sus fines es preciso actuar bajo normas de disciplina<sup>639</sup>.

En su actuación ante los juzgados y tribunales, los Abogados se sujetaran al principio de buena fe, además de que deben guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por el desempeño de sus funciones, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

---

<sup>637</sup> “Su misión no se reduce a expedir consultas y defender pleitos, porque todavía le queda la obligación de contraerse al estudio del derecho y profundizarlo, no sólo para acrecer la eficacia de sus consejos, sino para concurrir al mejoramiento de la Ley y de los sistemas en vigencia. Porque es funcionario público cuya misión consiste en secundar el interés que tiene el Estado para que se eliminen o compongan los conflictos trastornadores de la quietud común”, **MERCADER**, “Abogados...”, op. cit., pág. 268.

<sup>638</sup> En España los deberes del Letrado Defensor los podemos encontrar especificados en el Estatuto Orgánico de la Abogacía, así como en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y en México los encontramos en la Ley Federal de Defensoría Pública, en las Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública y Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Cabe señalar que éstos ya han sido referidos en el Capítulo II de este trabajo, en lo aludido a la legislación vigente nacional, relacionada con el actuar del Letrado Defensor en los procesos instruidos en contra del menor.

<sup>639</sup> V. **FERNÁNDEZ SERRANO**, *La abogacía en España...*, op. cit., págs. 93-94.

## 6. Principios procesales fundamentales a considerar en las actuaciones realizadas por el Letrado Defensor en los procesos de menores infractores

Durante el desarrollo del proceso instaurado en contra del menor, podrían producirse actos por parte de las autoridades que conocen o intervienen en el mismo, que atenten contra ciertos principios procesales en los que se ve involucrado directamente el Letrado o Abogado Defensor y su actuar, siguiendo las legislaciones reguladoras de la conducta de menores infractores tanto de España como de México<sup>640</sup>. Dichos principios son el derecho de defensa, el de legalidad, el contradictorio, el de igualdad, el de oralidad, el de publicidad, el de presunción de inocencia y el de debido proceso<sup>641</sup>.

### 6.1. Derecho de defensa

El derecho de defensa se concibe dentro de la configuración normativa que es el proceso<sup>642</sup>. Se considera como un derecho fundamental que asiste al imputado, quien junto con su Letrado o Abogado Defensor<sup>643</sup> comparecerá de forma inmediata tanto en la

---

<sup>640</sup> Para referirnos al Defensor del menor en España lo haremos como Letrado Defensor y para el de México Abogado Defensor.

<sup>641</sup> V. **ORTIZ URCULO**, “Garantías del imputado en el proceso penal”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 13-26.

<sup>642</sup> “Antes de constituirse el derecho de defensa como principio, se desarrolla en forma técnica en el proceso, mediante las oportunidades que se van otorgando al demandado y a las partes en el litigio, para hacer valer sus derechos ante el órgano jurisdiccional apropiado”, **SILVA**, *Defensa en juicio*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. IV, pág. 21.

<sup>643</sup> El Derecho a una defensa libre constitucional y el presupuesto fundamental del derecho de defensa que es inherente a la dignidad de la persona su fundamento legal lo observamos en los artículos 10 y 24.2 de la Constitución Española. V. **STAMPA BRAUN**, “Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 14. 1985, págs. 23-26. Con relación al derecho de defensa y asistencia letrada ver obras también de **ALZAGA VILLAMIL**, “La prohibición de indefensión. El derecho a la defensa”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 17, Madrid, 2001, págs. 11-40; **CAAMAÑO DOMINGUEZ**, “El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000, págs. 113-132.; **CALDERON CUADRADO**, “El derecho a un proceso con todas las garantías (Aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000, págs. 153-178; **GIMENO SENDRA**, *Constitución y proceso*, Editorial Tecnos, 1988, págs. 88-122, y del mismo autor, “La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución española...”, op. cit., págs. 787-794; **OLMO DEL OLMO**, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid, 1999, págs. 43-44 y 68-171; **PASCUAL SERRATS**,

instrucción, como en el proceso penal, con el objeto de contestar la imputación que se le hace, y exponer con libertad e igualdad actos como el de petición de práctica de pruebas, postulación e impugnación<sup>644</sup>.

A su vez, si una persona es sometida a procedimiento o juicio, el derecho de defensa es un requisito básico para todo pronunciamiento, es decir, no podrá haber represión penal legal, si no hubo defensa del imputado. Y es que básicamente, la defensa es el poder de oposición a la acción, amén de que constituye uno de los elementos esenciales del proceso penal, que entraña el principio de legalidad, características que debe tener el proceso justo.

Y es que, todo ciudadano tiene derecho a la libertad, ya que por el hecho de no estar condenado, se presume inocente<sup>645</sup>. Los concretos derechos que posibilitan el ejercicio de la defensa se puede decir que son la información de la acusación; la preparación de la defensa; la autodefensa y la defensa técnica; la contradicción y la igualdad de armas en el desarrollo de la prueba<sup>646</sup>.

En España la regulación fundamental del derecho de defensa y la asistencia de Letrado Defensor se encuentra en el artículo 24 de su Constitución. Asimismo, la LORRPEME recoge la previsión que ya establecía el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que refiere que el menor dispondrá de asistencia jurídica en la preparación y presentación de su defensa y que la causa será

---

“La protección constitucional del derecho a un Juez imparcial y a la asistencia de Letrado (Comentario a la STC 162/1999, de 27 de septiembre), en *Revista General de Derecho*, No. 668, Madrid, Mayo, 2000, págs. 5725-5726.

<sup>644</sup> Dicho derecho lo interpreta el Tribunal Constitucional en el mismo sentido que lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En específico cuando el mismo se enmarca en un proceso penal, habiendo declarado tal tribunal internacional en la interpretación del artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que este precepto garantiza tres derechos del acusado: derecho a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones a recibir asistencia letrada gratuita, sin que la opción a favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal.

<sup>645</sup> V. **SANZ HERMIDA**, *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2002, pág. 207.

<sup>646</sup> Cfr. **NARVAEZ RODRÍGUEZ**, “El derecho de defensa”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 213-220.

dirimida, en presencia de un asesor jurídico y otro tipo de asesor adecuado. El principio de derecho de defensa en la Exposición de Motivos de la LORRPME se observa como un principio garantista general al lado del acusatorio o del presunción de inocencia<sup>647</sup>. De acuerdo a la LORRPEME, la cual regula el procedimiento que se le instaura a los menores, su fundamento se establece en el artículo 22, que contempla la designación de Letrado Defensor para la defensa, artículo que tiene relación directa con el 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que garantiza el derecho de defensa a toda persona a quien se impute un acto punible, ejerciéndose dicha defensa a través de Letrado<sup>648</sup>.

Como se observa en los fundamentos legales citados, el derecho de defensa siempre va acompañado de la designación de Letrado Defensor<sup>649</sup>, y es que, como acertadamente señala GIMENO SENDRA, “El ejercicio de dicho derecho precisa de unos conocimientos técnicos que el ciudadano generalmente no tiene... Por tal razón, la LOPJ se apresuró en establecer que <<los que fueren parte en juicios civiles o criminales serán representados por procuradores y dirigidos por Letrados>>”<sup>650</sup>.

De ahí que el principio del derecho de defensa se tiene como fundamental. Y éste junto con la respectiva presencia del Letrado Defensor debe considerarse en todos los procesos, en todas sus fases, y en todos los actos en que esté de por medio la valoración del imputado<sup>651</sup>. Por lo que el derecho a la defensa debe estar garantizado en la etapa de

---

<sup>647</sup> MARTÍNEZ SERRANO, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores en la Ley Orgánica 5/2000...”, op. cit., pág. 35.

<sup>648</sup> “Queda en claro de esta manera que lo atinente al derecho de defensa y las garantías que lo rodean, son una de las condiciones preestablecidas por el ordenamiento constitucional para la realización válida del derecho penal a través del proceso penal, y que los diversos procedimientos que se establezcan al efecto deberán implementar, con la necesaria amplitud y operatividad, modos de efectivizar la defensa, cuya ausencia o cortapisa indebida, descalifica lo actuado”, VÁZQUEZ ROSSI, *La defensa penal...*, op. cit., pág. 80.

<sup>649</sup> En los casos de los menores, éstos tienen derecho a designar Letrado que los defienda, o a que le sea designado de oficio, desde la incoación del expediente, pudiendo entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración, Letrado Defensor que tiene una destacada e importantísima intervención a todo lo largo del procedimiento y durante la ejecución de la medida que en su caso se imponga. Cfr. GISBERT JORDÁ, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción...”, op. cit., pág. 151.

<sup>650</sup> GIMENO SENDRA, “La naturaleza de la defensa penal...”, op. cit., pág. 107.

<sup>651</sup> Todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones



investigación preliminar, ya que si en tal etapa se pueden producir y obtener medios de convicción que luego pueden servir de sustentáculo a una sentencia condenatoria, es lógico afirmar que el derecho a la defensa debe estar igualmente garantizado en ésta etapa preprocesal. De tal manera que el derecho a la designación de un Abogado debe surgir desde el momento mismo en que surge la imputación que da origen a la apertura de una investigación preliminar, o desde el momento de la captura<sup>652</sup>.

Pero existen supuestos en la LORRPEME, en los que no queda claro si se respeta dicho principio, o que incluso hasta podría verse afectado, como son la citación del menor para rendir su declaración ante la policía judicial o Fiscalía, y la actuación del Letrado Defensor y su designación. Esto es, de acuerdo al artículo 22 de dicha Ley, la designación del Letrado Defensor se refiere a partir del momento de la incoación del expediente, regulación que si la consideramos tal y como está, podría llevarnos a la interrogante de si, en los actos referidos, no podrá actuar el Letrado Defensor, ya que hasta entonces se le está designando<sup>653</sup>. Asimismo, hasta el momento de la incoación del expediente, el menor tendrá conocimiento de la imputación que existe en su contra, lo que nos lleva a pensar que tal vez no podrá ejercer su defensa en las diligencias preliminares de investigación, aunado a que si la asistencia de defensa es a partir de la incoación del expediente nos preguntábamos ¿qué pasaría en los casos de detención cuando aún no se ha incoado el expediente? y, ¿si en este caso el menor tendría derecho a nombrar Letrado Defensor, para que lo defienda?. Situaciones que en virtud de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre han sido reguladas de distinta forma como en su oportunidad lo desarrollaremos.

A su vez, la LORRPEME omite la regulación expresa de la intervención del Letrado Defensor en los supuestos siguientes: A) el de remisión de los casos de menores de catorce

---

indebidas y con todas las garantías a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. **SÁNCHEZ PÉREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000...”, op. cit., págs. 24-25.

<sup>652</sup> Cfr. **SAAVEDRA ROJAS**, “Derecho a la defensa...”, op. cit., págs. 35 y 43.

<sup>653</sup> La LORRPEME ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en su artículo 22, apartado 2, en el sentido de que será el Fiscal quien requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado Defensor y no el Secretario del Juzgado de Menores (una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente), como antes se regulaba.

años a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que se promuevan las medidas de protección necesarias, dependiendo el asunto; pero el menor tal vez no requiera de las mismas, y a pesar de ello, se está remitiendo su caso a dicha institución, no dándosele oportunidad de manifestar lo que a su derecho convenga, ni a ejercer las argumentaciones correspondientes a través de su Letrado Defensor, para quizás evitar tal situación. B) La declaración de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño, situación que deja al menor en desventaja y en un estado de indefensión, ya que se trata del reconocimiento de hechos, y si no está debidamente asesorado o asistido por su Letrado Defensor, podría verse más afectado, si por alguna razón se continuase con el trámite. C) La adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad, en el cual es de suma importancia que se garantice el derecho de defensa, dado que las medidas que pueden ser acordadas pueden afectar al derecho a la libertad, como es el caso del internamiento en centro terapéutico.

Como hemos expuesto, no se hace referencia expresa alguna respecto a la participación del Letrado Defensor, siendo ésta relevante por encontrarse de por medio en la mayoría de los casos derechos fundamentales como es el de la libertad. Pero estos supuestos los analizaremos detalladamente en su oportunidad.

El principio del derecho de defensa, también podría verse afectado con la negativa por parte del Ministerio Fiscal, respecto a la admisión de prácticas de diligencias ofrecidas por el Letrado Defensor, así como con la posibilidad que se le otorga a la autoridad instructora, para no recibir la declaración del menor en caso de haber concluido la instrucción, pasándose, con ello, por alto las reglas más elementales del proceso debido, privándose al imputado de las garantías de defensa.

Un aspecto más que atentaba contra este principio, es el relacionado con el nombramiento del Letrado Defensor por el Secretario del Juzgado de Menores al incoarse el expediente, ya que surgían dudas respecto a que sí hasta ese momento la designación se

realiza por ese funcionario, ¿qué pasaría en actuaciones anteriores a dicha incoación como es el caso de detención del menor y quién se encargaría de nombrar al Letrado Defensor?, ya que su nombramiento se reconoce desde la incoación de acuerdo como lo establece la LORRPEME<sup>654</sup>. Pero ello ha sido subsanado en cierta manera con las modificaciones que ha traído la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de las que haremos referencia en su debido momento.

De igual forma, el desacuerdo del Letrado Defensor con la conformidad del menor respecto a la aceptación de medida propuesta por el Ministerio Fiscal, puede atentar contra el derecho de defensa, toda vez que esa inconformidad no obliga a la continuación de la audiencia, impidiéndose así que el Letrado Defensor agote hasta el último recurso para demostrar la inocencia de su defendido y ejerza sus funciones.

El último caso que mencionaremos y que pone en juego el principio que nos ocupa es el del secreto del expediente, y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor no antes del momento de evacuarse el trámite de alegaciones, ya que al momento de decretarse que el proceso es secreto, se afecta el derecho de las partes, sobre todo el del Letrado Defensor para conocer el curso y agotar los elementos necesarios para su defensa.

En México, el derecho de defensa está considerado como una garantía más que la Constitución Política ofrece, plasmándose en que todos tenemos el derecho a que la persona al declarar se encuentre auxiliada de un Defensor, para lo cual el artículo 20, fracción II, señala que no se puede ser obligado a declarar y que queda prohibida y será sancionada por la Ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura, amén de que la confesión rendida

---

<sup>654</sup> Pero este supuesto de la LORRPEME ha sido subsanado en cierta manera con las modificaciones de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ya que en el artículo 22, apartado 2, se establece que será el Fiscal quien requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado Defensor, y en el artículo 17, apartado 2, se regula que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Letrado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público, Juez, o ante éstos sin la asistencia de un Defensor, carecerá de todo valor probatorio<sup>655</sup>.

El derecho vigente se refiere al Defensor desde distintos contextos que estipulan una serie de prevenciones: persona con quien se comunica el detenido; Defensor designado por el inculpado o de oficio designado por el Juez; persona de su confianza; Abogado Defensor o asistente jurídico de quien declara en una averiguación. Tratándose de la defensa, como garantías el inculpado tiene las siguientes: derecho a comunicarse por vía telefónica o algún otro medio, con persona de su confianza para que lo asista en la integración de la indagatoria respectiva; el Defensor o la persona de confianza que designó firmarán en todas las diligencias del Ministerio Público en que hubiesen intervenido; el Defensor puede ofrecer dentro de la averiguación previa cuando el indiciado se encuentre detenido, toda clase de probanza que deslinden la responsabilidad del mismo<sup>656</sup>.

Siguiendo la LTMI, observamos actuaciones como la realización del diagnóstico biopsicosocial para la emisión del dictamen técnico interdisciplinario para la individualización de la medida del menor, que pueden atentar contra los principios de no auto-incriminación y derecho de defensa. De igual forma se debe hacer notar que por oscuridad de la Ley, los encargados de la administración de justicia violan sistemáticamente el derecho a la no auto-incriminación, ya que propician las declaraciones de los menores antes de que éstos sean asistidos por el Abogado Defensor, si bien aceptan la fórmula meramente declarativa que supone la presencia de dicho Defensor en el momento mismo de la declaración del menor; situación que además atenta contra el derecho de defensa. A su vez la LTMI omite especificar de manera expresa la intervención del Abogado Defensor en ciertas actuaciones como es aquélla en la que el menor se encuentra ante la presencia del Ministerio Público, para que este realice diversas diligencias reguladas por los artículos 46 y 57, fracción I, de la Ley citada, mismas que pueden resultar

---

<sup>655</sup> Cfr. **GURZA JAIDAR**, “Ministerio Público y derechos humanos...”, op. cit., pág. 15.

<sup>656</sup> Ibidem; op. cit., pág. 16.

trascendentales para dictar la resolución definitiva; con lo que también se pasa por alto el principio al derecho de defensa.

## 6.2. Legalidad

El principio de legalidad proclama el impedimento a ser procesado y penado, si no es con base en una Ley dictada y que haya sido promulgada con anterioridad a la comisión del hecho.<sup>657</sup> En efecto, el artículo 9º de la Constitución Española, recoge el principio de legalidad al afirmar que los ciudadanos y los poderes públicos, están sujetos a dicho ordenamiento legal y al resto del ordenamiento jurídico, contemplando de igual forma las garantías procesales.<sup>658</sup>

Uno de los aspectos que encontramos regulado por la LORRPEME y que podría atender contra el principio de legalidad, es el de la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que se promuevan las medidas de protección que necesiten éstos, en el cual no se hace referencia alguna respecto a la intervención del menor y por consiguiente a la participación de su Letrado Defensor en dicha decisión; y al no estar asesorado el menor puede aceptar la decisión que se emita y la supuesta medida de protección que sea, situación que podría resultar más gravosa a la que en su lugar podría haberle recaído, sí se hubiera sometido en todo caso al procedimiento de menores, y determinarse así el sobreseimiento o archivo de las actuaciones, por ejemplo.

En el caso de los menores infractores en México, el principio de legalidad puede verse afectado ya que la LTMI, al regular la realización del diagnóstico biopsicosocial, y al no haberse determinado la responsabilidad aún, la elaboración de tal diagnóstico entraña un acto de molestia que no está fundado ni motivado, dado que cómo se puede motivar una

---

<sup>657</sup> Cfr. VÁZQUEZ ROSSI, *La defensa penal...*, op. cit., págs. 90-94.

<sup>658</sup> Para entender mejor este principio, consultar obras de PIQUÉ VIDAL, RIFÁ SOLER, VAILS GOMBÁU, SEVRA LLUVIA, *El proceso penal...*, op. cit., pág. 23; RAMOS MENDEZ, *El proceso penal...*, op. cit., pág. 28; y RUIZ VADILLO, *Estudios de derecho...*, op. cit., págs. 131-151.

explicación de la etiología de la conducta infractora (artículo 90 de la LTMI), respecto de alguien a quien para todos los efectos procesales se le presume aún inocente, en dicha etapa del procedimiento.

### 6.3. Contradicción

A pesar de que en la LORRPEME se estipula que es al Ministerio Fiscal a quien corresponde la defensa de los derechos, la observancia de las garantías, el cuidado de la integridad física y moral del menor, la presencia del Letrado Defensor en la causa tiene su razón de ser en las exigencias propias del principio de contradicción<sup>659</sup>. Consideramos que no hay proceso sin contradicción, ya que la existencia de la misma supone el reconocimiento del derecho de defensa<sup>660</sup>. En efecto, para que exista un juicio justo, debe existir la posibilidad de confrontación entre las partes, pudiendo éstas proponer medidas y acciones de todo tipo<sup>661</sup>. En el procedimiento penal instaurado en contra de los menores, el fundamento legal del principio de contradicción lo encontramos en el artículo 22 de la LORRPEME, en el sentido del derecho del menor para designar Letrado que lo defienda,

---

<sup>659</sup> Cfr. **SANTOLARIA FERNÁNDEZ**, “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 48, 1997, pág. 473.

<sup>660</sup> El principio de contradicción engloba los derechos a ser informado, designar Abogado Defensor y entrevistarse reservadamente con él, intervenir en las diligencias que se practiquen durante todo el procedimiento y proponerlas y solicitarlas, y por último ser oído por el Juez o tribunal antes de la adopción de cualquier resolución que afecte de manera personal, siendo así que tal principio debe regir también en el procedimiento de menores. Cfr. **GARCÍA PÉREZ**, “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores...”, op. cit., pág. 733. Sobre el principio de contradicción relacionado con el principio de derecho de defensa ver **PLANCHADELL GARGALLO**, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, págs. 59-88.

<sup>661</sup> Respecto al principio de contradicción es conveniente consultar lo referido al mismo por los autores siguientes: **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., págs. 131 y 456; **DE URBANO CASTRILLO**, “El principio de contradicción en el proceso penal, *La Ley*, No. 5474, 2002, pág. 2; **PIQUÉ VIDAL, RIFÁ SOLER, VAILS GOMBÁU, SEVRA LLUVIA**, *El proceso penal...*, op. cit., pág.16; **RAMOS MENDEZ**, *El proceso penal...*, op. cit., pág. 13; **REVERÓN PALENZUELA**, “La contradicción procesal como garantía de derecho de defensa en la llamada fase intermedia del proceso penal por delito”, *La Ley*, No. 4572-4573, 1998; **RÍO FERNÁNDEZ**, “Constitución y principios del procedimiento penal: Contradicción, Acusatorio y presunción de inocencia”, *Revista General de Derecho*, No. 576, 1992, págs. 8100-8107; **RUIZ VADILLO**, *Estudios de derecho...*, op. cit., págs.159-161; **VEGA RUÍZ**, *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Madrid, 1994, pág. 29.

utilizando todos sus elementos legales y posibles<sup>662</sup>. Otro de los fundamentos legales de dicho principio se encuentra en el artículo 31 de la Ley que nos ocupa, que refiere el traslado al Letrado Defensor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y testimonio del expediente, para que en el mismo sentido, formule las suyas.

El principio de contradicción engloba el derecho de defensa contradictoria que comprende por un lado, el derecho de audiencia o derecho a ser oído y en consecuencia a formular alegaciones, y por otro, el derecho a probar en condiciones de contradicción y en último término se debe incluir también el derecho a intervenir la prueba ajena<sup>663</sup>. El derecho de intervenir la prueba ajena se incluye igualmente en el derecho de defensa como una consecuencia del principio de contradicción cuyo objeto es controlar su correcta práctica y contradecirla<sup>664</sup>.

Asimismo, es una exigencia inserta en el principio contradictorio en orden a la defensa, la de posición de paridad de las partes en el proceso<sup>665</sup>. A tal efecto, del principio de igualdad de armas, lógico corolario de la contradicción, se deriva de tal forma la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, iguales posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación (Sentencias del Tribunal Constitucional 47/1987 y 66/1989), sin que se admitan limitaciones a tal principio fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse, en la fase de instrucción, por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación, y en definitiva la protección del valor constitucional de justicia (Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1985, 176/1988 y 66/1989)<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Cfr. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., pág. 127.

<sup>663</sup> Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre, FJ 3º. De acuerdo a esta sentencia “el derecho a la no indefensión reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que ha de respetarse el principio de contradicción que garantiza el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos y, dentro de éste el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla”.

<sup>664</sup> Así se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, de 4 de octubre, FJ 3º.

<sup>665</sup> En ese sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 23/1985, de 15 de febrero, FJ 3º.

<sup>666</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5º.

Cabe señalar que este principio también podría verse afectado con relación a lo establecido por el artículo 22 de la LORRPEME, ya que se refiere que el menor podrá nombrar Letrado Defensor a partir de la incoación del expediente, y si lo consideramos de esa forma, hasta ese momento podría tener conocimiento de la imputación y de los actos que se hubiesen realizado, no dándose oportunidad de participación alguna en las diligencias preliminares de investigación al menor y su Letrado Defensor, para poder declarar y ofrecer los medios de defensa necesarios y contradictorios a la pretensión del Fiscal, que podrían evitar precisamente la incoación de dicho expediente.

Existen otros supuestos, en los que se podría ver afectado seriamente dicho principio, en virtud de que la LORRPEME omite de manera expresa la posibilidad de intervención del Letrado Defensor, como son en los casos de remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores; la adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad; y el quebrantamiento de ejecución de medidas por parte del menor, y la remisión del testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna infracción y merece reproche sancionador<sup>667</sup>. No pudiendo existir, por consiguiente, oportunidad en estos casos para la contradicción entre las partes de la cual tienen derecho.

Otro aspecto más relacionado con el principio de contradicción y que puede afectar al mismo, es que de acuerdo a la LORRPEME, el Ministerio Fiscal puede negarse a la petición de práctica de pruebas solicitada por el Letrado Defensor, pasándose por alto que dentro de las garantías consagradas por el artículo 24 de la Constitución Española se encuentra el derecho de defensa, pudiéndose utilizar todos los medios de prueba pertinentes o materiales que puedan ayudar y que influyan para la determinación, mismos que serán proporcionados por las partes, dando a su vez oportunidad a éstas para exponer sus puntos

---

<sup>667</sup> Este último supuesto ha sufrido cierta modificación favorable en el sentido del derecho a la defensa y la procuración del principio de contradicción reguladas por la actual Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el artículo 51, apartado 2, sin embargo no la consideramos del todo subsanada como en su oportunidad se explicará.



de vista y alegaciones con relación a los de la contraria, haciéndose valer así el principio que nos ocupa y evitar que se produzca indefensión<sup>668</sup>.

El desacuerdo del Letrado Defensor con la conformidad del menor respecto a la imposición de medida propuesta por el Ministerio Fiscal, también puede atentar contra el principio de contradicción, ya que tal desacuerdo no obliga a la continuación de la audiencia, privándosele así al Letrado Defensor de seguir con el ejercicio de su defensa, a través de los medios de prueba correspondientes.

El último supuesto que mencionaremos relacionado con dicho principio es el secreto del expediente y el conocimiento integro del mismo por parte del Letrado Defensor al evacuar el trámite de alegaciones, en el cual el principio de contradicción se ve afectado, toda vez que al señalarse que el procedimiento penal no es público se atenta el derecho de las partes, en este caso el de la defensa para conocer el curso y contenido del expediente, privándosele de ofrecer las pruebas y exponer las alegaciones pertinentes contradictorias con relación a las de la otra parte.

Todos estos supuestos observados en la LORRPEME están atentando gravemente contra el principio de contradicción que entraña en sí al derecho de defensa ejercido a su vez por el Letrado Defensor<sup>669</sup>.

---

<sup>668</sup> Con relación a la posición de las partes y el principio de contradicción ver la obra **MONTERO AROCA**, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1994., págs. 983-984.

<sup>669</sup> Es sobre la base del respeto al principio del contradictorio que ilumina todo el proceso penal, y a la necesidad de colocar a los sujetos procesales y a las partes en una posición de paridad dialéctica lo que explica la presencia de los defensores o apoderados en el proceso penal, hasta el punto de considerar que si un Letrado o Abogado no existiera sería necesario inventarlo. El imputado que no sabe el derecho y aún en el caso de que lo sepa por su misma condición de imputado, frente al ansia de su propia suerte tiene necesidad de estar asistido por alguien que lo sepa, o que se encuentre en condiciones psicológicas de poder hacer valer sus derechos y demostrar su inocencia, porque la misma dialéctica del proceso exige un duelo de armas iguales y no son iguales las armas de un acusador jurisperito y las de un acusado ayuno de derecho. Cfr. **SAAVEDRA ROJAS**, “*Derecho a la defensa, en derecho penal y criminología...*”, op. cit., págs. 27-28.

#### 6.4. Igualdad

En España el fundamento legal del principio de igualdad se encuentra regulado por el artículo 14 Constitucional. En tal virtud, las garantías individuales y procesales se encuentran reconocidas para todos los ciudadanos, incluyendo a los menores<sup>670</sup>.

Como se ha referido antes, el derecho de defensa requiere de conocimientos técnicos, en virtud de que la parte que ejercita la acción de persecución y acusación (Ministerio Fiscal) posee los mismos, y de no existir una contraparte también con la capacidad jurídica necesaria (Letrado Defensor) que en este sentido represente y asesore al imputado, se desafiaría el principio de igualdad en el momento de que el acusado no contase con asistencia jurídica<sup>671</sup>. Amén de que a dicha asistencia letrada también deberá reconocérsele la facultad de ejercitar todos los actos y medios de defensa, para el mejor cumplimiento de su función<sup>672</sup>.

De conformidad a lo anterior, el principio de igualdad puede verse afectado en los supuestos regulados por la LORRPEME, consistentes en la remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores; el cumplimiento de veintitrés años de edad del menor (joven) condenado, y que aún no ha finalizado con la ejecución de la medida, ordenándose la continuación del cumplimiento de ésta en un centro penitenciario para adultos<sup>673</sup>; la declaración de sobreseimiento del expediente por

---

<sup>670</sup> Para tener mayor información del principio de igualdad ver obras de **ALZAGA VILLAAMIL**, “La prohibición de indefensión. El derecho a la defensa...”, op. cit., págs. 23-25; **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., pág. 130; **PIQUÉ VIDAL**; **RIFÁ SOLER**; **VAILS GOMBÁU**; **SEVRA LLUVIA**, *El proceso penal...*, op. cit., pág.16; **RAMOS MENDEZ**, *El proceso penal...*, op. cit., pág. 11; **RUIZ VADILLO**, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo...*, op. cit., págs. 256-258, y del mismo autor, *Estudios de derecho...*, op. cit., pág.152; **VEGA RUÍZ**, *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Madrid, 1994, págs. 67-69.

<sup>671</sup> Con relación al principio de igualdad ver **JAEN VALLEJO**, “El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 2, 1987, págs. 10-12.

<sup>672</sup> Cfr. **VENTURA FACI y PELÁEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...* op. cit., pág. 127.

<sup>673</sup> Supuesto que también ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, regulándose en su artículo 14, que en los casos de internamiento en régimen cerrado cuando el menor alcance los dieciocho años de edad o en su caso los veintiuno, sin haber finalizado su cumplimiento, oído el Letrado Defensor, el

conciliación o reparación del daño; la adopción de medidas cautelares en casos de exención o extinción de responsabilidad; y el quebrantamiento de ejecución de medida por parte del menor, y la remisión del testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna infracción y merece reproche sancionador. Y es que en estos casos además de que no se hace referencia de manera expresa a la intervención del Letrado Defensor, debemos reconocer que para ejercer un adecuado derecho de defensa se requiere de conocimientos jurídicos, y si el Ministerio Fiscal (parte encargada de llevar la acusación) los tiene, el acusado o inculpaado requiere de alguien que teniendo los mismos, como es el Letrado Defensor, lo asesore y se encargue de su defensa. Y si se niega esa oportunidad se atenta contra el principio de igualdad.

Otro aspecto que referiremos relacionado con el actuar del Letrado Defensor y el principio de igualdad es el regulado por el artículo 26 de la LORRPEME, que establece la petición de la práctica de pruebas al Ministerio Fiscal. En efecto, dicha solicitud puede pasar por dos vías, ya que si el Ministerio Fiscal decide no realizarlas, se tendrá la oportunidad de repetir la petición al Juez de menores, de conformidad con el artículo 33 de la Ley citada, situación que no es la misma respecto al Ministerio Fiscal, quien como parte acusadora puede realizar todas las investigaciones que considere necesarias y utilizar todos los medios de prueba para acreditar su pretensión, sin necesidad de que nadie se lo autorice, a excepción claro de los que afecten derechos fundamentales; en cambio el Letrado Defensor como parte defensora en el proceso, sí se le priva de derechos, observándose una clara desigualdad entre las partes, aunado a que no es lógico que una parte como es en este caso el Ministerio Fiscal, decida respecto a la práctica, o no, de las pruebas ofrecidas por la otra.

El principio de igualdad también puede verse en peligro en el supuesto del secreto del expediente, y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor

---

Juez de menores podrá ordenar que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto por la Ley de la materia. Modificaciones favorables en cierto sentido a favor del menor como en su momento lo expondremos.

diferido al momento de evacuar el trámite de alegaciones, regulado por el artículo 24 de la LORRPEME, toda vez que se le está privando de ejercer los medios de prueba oportunos para su defensa, y exponer los recursos necesarios contra las resoluciones que se tomen durante la investigación, mientras que la otra parte si tendrá oportunidad de realizar los actos correspondientes para acreditar su pretensión, originándose con ello nuevamente desigualdad entre las partes, amén de que en el proceso instaurado en contra de los adultos el secreto del expediente no dura mas allá de un mes, y se debe levantar con diez días de antelación a la conclusión del sumario, a efecto de que puedan ofrecerse los elementos necesarios para la defensa y recurrir las resoluciones que afecten sus intereses, mientras que en el de menores se levanta con la finalización de la instrucción, no dándosele oportunidad a ello.

En México, con el fin de procurar el principio de igualdad en los asuntos de menores infractores, la LTMI regula la actuación tanto de la autoridad instructora (Ministerio Público, Comisionado o Consejero), como del funcionario encargado de la defensa del menor, la cual se encuentra a cargo del Abogado Defensor. Y es que se trata de que las partes lleguen a un acuerdo conservando en todo caso el equilibrio procesal. Por ejemplo, si interviene el Ministerio Público debe existir el Defensor, ya que el planteamiento que hace aquél es por lo regular con fundamento principalmente en lo jurídico, por tanto la defensa debe ser también de igual calidad, aunque ambos deben tener en cuenta de todas formas las condiciones éticas sociales que rodean la vida del menor. Sin embargo, el derecho de defensa se ve afectado en el proceso paralelo para obtener el dictamen técnico, ya que la naturaleza presumiblemente científico-verificativa y no argumentativa-persuasiva del resultado de dichos estudios permite justificar la exclusión sistemática del Abogado Defensor en las sesiones del Consejo Técnico, en donde sí se regula la asistencia del Comisionado, de acuerdo con lo previsto por el artículo 35, fracciones II, inciso f), y III, violándose con ello a su vez el principio de igualdad de las partes.

## 6.5. Oralidad

Hemos observado que el principio de oralidad es de suma importancia para todo proceso penal, más aún para el de menores, con base en el interés superior del mismo, no debiéndose ver limitado o disminuido, sobre todo en el caso de la defensa, cuando el Letrado Defensor exponga sus argumentos y alegaciones. En los procesos instaurados a los menores infractores en España recordemos que dicho principio tiene su mayor esplendor en la fase de audiencia<sup>674</sup>.

Sin embargo, el principio de oralidad puede verse afectado en algunos supuestos marcados por la LORRPEME, en los que se omite la regulación expresa de la intervención del Letrado Defensor, y por consecuencia la oportunidad del mismo para exponer sus argumentos de defensa. Dichos asuntos son los repetidamente citados de remisión de los casos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores; la adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad; el quebrantamiento de ejecución de medida por parte del menor, y la remisión del testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de infracción y merece reproche sancionador.

Asimismo, el principio de oralidad puede verse en peligro por la regulación de la LORRPEME, en el sentido de que faculta al Ministerio Fiscal en su artículo 26 para la admisión, o no, de la práctica de pruebas solicitada por el Letrado Defensor, al igual que regula la posibilidad de falta de declaración del menor en el expediente, en el caso de que se hubiese concluido la instrucción, atentando, a nuestro ver, contra dicho principio, toda vez que el menor, tiene derecho a manifestar lo que considere necesario para su defensa, al igual que su Defensor en interés del mismo.

---

<sup>674</sup> Para ampliar la visión del principio de oralidad consultar obras de **ARAGONESES ALONSO**, *Instituciones de derecho...*, op. cit., págs. 443 y 456; **ARMENTA DEU**, “Principios y sistemas del proceso penal español”, en *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor J.M. Valle Muñiz...*, op. cit., pág. 72; **MONTERO AROCA**, *Principios del proceso...*, op. cit., págs.178-180; **PIQUÉ VIDAL**, **RIFÁ SOLER**, **VAILS GOMBÁU**, **SEVRA LLUVIA**, *El proceso penal...*, op. cit., pág.19.

El desacuerdo del Letrado Defensor, con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal, regulado por el artículo 36 de la LORRPEME, también puede atentar contra el principio de oralidad, ya que tal inconformidad no obliga a la continuación de la audiencia, en la que el Letrado Defensor podría agotar los medios de defensa y exponer las argumentaciones pertinentes a favor de su defendido.

Por último citaremos el supuesto del secreto del expediente, y conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor antes de la evacuación del trámite de alegaciones, previsto por el artículo 24 de la LORRPEME, el cual, de igual forma, afecta el principio de oralidad, ya que el Letrado Defensor, podrá ejercitar la defensa y exponer las alegaciones pertinentes, solo a partir de ese momento, no pudiéndolo hacer antes.

## 6.6. Publicidad

Se puede decir que el artículo 120 de la Constitución Española, contempla la publicidad en el ámbito judicial, mientras que en el artículo 24 del mismo cuerpo legal, la publicidad del proceso aparece también como una garantía del imputado<sup>675</sup>. Pero además la publicidad juega un papel fundamental en el acceso a la información que proclama el artículo 20 de la Constitución Española. Si el derecho a la libertad de información se compone de una serie de facultades a emitir y recibir información, a buscar y producir todo

---

<sup>675</sup> La publicidad procesal ha sido acogida en la Constitución de 1978 en el artículo 24.2, según el cual “asimismo, todos tienen derecho... a un proceso público...” de ese modo, y como ha destacado el Tribunal Constitucional, entre otras en su S. 13/1985, de 31 de enero, la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen las consideraciones de derechos fundamentales. También no debemos omitir la importancia del artículo 120.1, que refiere que las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. Así alude al principio de publicidad de los juicios, garantizados por la Constitución (art. 120. 1), entre otras, la STC 30/1982, de 1º de junio. V. **PEDRAZ PENALVA**, “Notas sobre publicidad y proceso”, *Revista del Poder Judicial*, No. X, XI, XII, 1989. pág. 118. Con relación al principio de publicidad puede verse, igualmente, **ARMENTA DEU**, “Principios y sistemas del proceso penal español...”, op. cit., págs. 78-80; **NOREÑA SALTO**, “El derecho a un proceso con todas las garantías. Artículo 6.1 CEDH”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 126-134; **PEDRAZ PENALVA**, “Publicidad y derecho al proceso debido”, en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Sevilla, 1996, págs. 157-190.

tipo de informaciones, opinión o ideas, es evidente que el acceso a la misma, se convierte en un elemento esencial de este derecho<sup>676</sup>.

El principio de publicidad entraña que, en el ámbito procesal penal de los adultos, el juicio se desarrolle entorno al proceso justo, significando que el acceso al lugar en el que se celebran las sesiones del juicio sea libre<sup>677</sup>. Sin embargo, en el ámbito procesal penal de los menores en España, el artículo 35.2 de la LORRPEME, faculta al Juez de menores para que en interés del menor o de la víctima, pueda declarar las sesiones “no públicas”, y para que en ningún caso se autorice que los medios de comunicación difundan imágenes del menor, ni datos que permitan su identificación.

En tal virtud, la regla general en los asuntos de menores deberá ser la no publicidad de las sesiones de la audiencia, entendiéndose, sólo en determinados casos, la excepción de la publicidad, cuando el interés del menor o la víctima no se vean perjudicados<sup>678</sup>. Por lo que el Ministerio Fiscal debe apelar en interés del menor para que las sesiones no sean públicas, con el afán de proteger la intimidad del mismo<sup>679</sup>, es decir, dicho funcionario por

---

<sup>676</sup> V. **LASTRA LIENDO**, “El secretario judicial, garante del derecho fundamental de la información judicial: Obligaciones informativas”, en *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. II, 2003, pág. 729. La publicidad la podemos dividir en interna y externa. La interna se refiere a las partes y la necesidad de que conozcan todas las actuaciones procesales como medio indispensable para su eficaz defensa. La externa se refiere a terceros quienes no son parte en el proceso. **DEL MORAL GARCÍA**, “El secreto de las actuaciones en el proceso penal”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 167.

<sup>677</sup> A este principio también se le conoce como de privacidad, y en los asuntos de menores presupone que se evite la presencia de personas extrañas en el juicio que pudieran ser indiscretas y dañar definitivamente la vida del menor, por revelar serios secretos personales de familia. Supone también que se evita la presencia de reporteros de prensa, radio o televisión, así como de cualquier otro medio masivo de comunicación. Este principio se justifica tanto más, cuando se observan tragedias íntimas que cualquier persona desearía esconder en lo más recóndito de su ser, y que al ser conocidos por otros los incitarían a despreciar a sus actores activos o pasivos. Es de destacarse que si con relación al procedimiento que se les instruye a los adultos existe la garantía de publicidad, es porque debido a la finalidad de la imposición de las penas, se presenta la proclividad de cometer muchos abusos que se evitan con la publicidad. En los menores por el contrario se busca protegerlos, no se trata sólo de estudiar el acto que cometieron, sino las intimidades de la familia y de su vida, para encontrar los errores cometidos y tratar de corregirlos en el futuro, lo que no tiene por qué comunicarse a los demás. Cfr. **SOLIS QUIROGA**, “Tratamiento de menores infractores...”, op. cit., págs. 131-132.

<sup>678</sup> V. **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 41-42.

<sup>679</sup> Ello con el fin de proteger al menor de los efectos contrarios que puedan surgir como resultado de la publicidad de las actuaciones, ya que se considera que el menor se encuentra en una fase muy difícil del

iniciativa propia, debe solicitar al Juez de menores que haga uso de la facultad que le confiere la Ley, para que declare la “no publicidad de la audiencia”, con el fin de procurar el principio de interés superior del menor.

Por lo tanto, de acuerdo a este principio, la publicidad del juicio, que es una de las típicas garantías del proceso penal de adultos por darle objetividad y transparencia al mismo, no deberá aplicarse en los casos de menores, con el afán de la protección de éstos, del derecho a su intimidad y a la propia imagen. Y ello se encuentra contemplado por normas no sólo de carácter nacional, sino internacional, como son la Ley de Protección Jurídica del Menor y la Convención sobre los Derechos del Niño, que admiten tal restricción o que expresamente lo prevén, y que también establecen la imposibilidad de proporcionar información respecto del menor a personas que no tienen ningún derecho a ella, así como el impedimento de la asistencia del público a las audiencias o sesiones, y la prohibición del acceso a las actuaciones por parte de los medios de comunicación<sup>680</sup>.

Pero con el afán de procurar el principio de publicidad, se puede estar afectando al mismo tiempo los derechos del menor en el sentido de que el artículo 24 de la LORPEME, regula el secreto del expediente<sup>681</sup> y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor sólo después de llegar al momento de evacuar el trámite de alegaciones, supuesto que consideramos se deriva de la no publicidad del juicio; situación que puede atentar contra el derecho de las partes, en este caso con el de la defensa, privándose de esa manera a la defensa de ofrecer las pruebas y exponer las alegaciones pertinentes, como en su oportunidad lo desarrollaremos.

---

desarrollo de la personalidad y puede ser contraproducente para el mismo, sentirse la figura principal ante un elevado número de personas o medios de comunicación

<sup>680</sup> V. DE URBANO CASTRILLO, “Los recursos en la LORPM...”, op. cit., pág. 412.

<sup>681</sup> La publicidad se representa como fundamental instrumento de garantía apto para prevenir atrocidades como las perpetradas con los justiciables al amparo del secreto propio del proceso escrito. La transparencia que conlleva la realización de las actuaciones procesales en presencia de las partes y de terceros, es un freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar. Y se considera también el medio más idóneo para asegurar una verdad procesal de superior calidad, propiciada por la concentración de los actos de prueba y, sobre todo, por el contacto directo del tribunal con las fuentes de esta, en particular las de carácter personal. **ANDRÉS IBAÑEZ**, “Sobre el valor de la inmediatez (Una aproximación crítica)”, en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 46, Madrid, 2003, pág. 57.



Con relación al principio de publicidad y el actuar de los funcionarios encargados de administrar la justicia de menores infractores en México, en la LTMI existe la disposición que regula que los medios de difusión deben abstenerse de publicar la identidad de los menores sujetos a procedimiento y a la aplicación de dicha Ley.

## 6.7. Presunción de inocencia

El principio de presunción de inocencia es la piedra angular en torno a la cual se constituye un modelo de proceso penal, en el que se pretende esencialmente establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva del Estado<sup>682</sup>.

En España el fundamento legal del principio de presunción de inocencia<sup>683</sup>, lo encontramos en el artículo 24 Constitucional, el cual debe ser plenamente reconocido y aplicado también en el proceso penal instaurado en contra de los menores.

El principio de presunción de inocencia proclamado en la Constitución Española, artículo 24.2, en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las

---

<sup>682</sup> Sobre el tema es de obligada consulta la monografía de **VEGA TORRES**, “Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”, *La Ley*, Madrid, 1993, pág. 203. Asimismo ver **PASTOR ALCOY**, *Prueba de indicios. Credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 166-167; **RIO FERNÁNDEZ**, “Constitución y principios del procedimiento penal: Contradicción, acusatorio y presunción de inocencia...”, op. cit., págs. 8114-8136; **RODRÍGUEZ RAMOS**, “El imputado en el proceso penal”, *La Ley*, No. 5218, 2000; **RUIZ VADILLO**, *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia...*, op. cit;

<sup>683</sup> Según **BUSTOS RAMÍREZ**, los principios garantistas se distinguen en aquéllos que tienen carácter formal (principio de legalidad de los delitos y las penas) y carácter material (necesidad de la pena). En la función judicial tienen especial relevancia los principios de carácter material penal, pues sin éstos resulta difícil entender la función del Juez en el proceso. La doctrina se preocupa de los principios formales en cuanto al proceso penal (principio de legalidad en relación con el proceso como con el Juez), como también en el desarrollo de principios formales garantistas propios como el debido proceso. Asimismo, resulta importante considerar los principios de carácter material penal y su repercusión en el proceso, en la medida en que no se puede escindir proceso y derecho penal salvo por una cuestión exclusivamente metodológica. Esto es, junto a los principios materiales desarrollados en el proceso penal como es el de presunción de inocencia, es necesario considerar también los principios materiales penales que en definitiva no pertenecen sólo al derecho penal, sino a todo el sistema de control penal y que son un límite a la intervención punitiva del Estado, en la cual el proceso es un aspecto básico e ineludible. Vid. **BUSTOS RAMÍREZ**, “Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal”, *Nuevo Foro Penal*, No. 60, 1999. pág. 108.

Libertades Fundamentales, (“toda persona acusada de una infracción se presupone inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”), y en la doctrina constante de los Tribunales Supremo y Constitucional, exigen a las partes acusadoras la práctica de una actividad probatoria de cargo a realizar en el juicio oral, suficiente para poder desvirtuar la presunción de inocencia del inculpado<sup>684</sup>.

Para determinar que una persona es responsable de cualquier hecho delictivo se realizarán las investigaciones y diligencias correspondientes, con el afán de vencer la presunción de inocencia<sup>685</sup>, favoreciendo siempre la duda al acusado.

Hay que tener en cuenta que las diligencias que se practican durante la fase de instrucción no constituyen pruebas de los hechos aptas para destruir la presunción de inocencia de la que goza el imputado, si éstas no son debidamente introducidas y practicadas en el acto del juicio oral para que salvaguardando el derecho de defensa, se reproduzcan en el mismo, sometidas a los principios de inmediación y contradicción procesal<sup>686</sup>.

La LORRPEME declara de forma expresa que se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso<sup>687</sup>.

---

<sup>684</sup> **TORRES ANDRÉS**; “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador”, en *Estudios Jurídicos de Ministerio Fiscal*, VI-2000, pág. 122. Asimismo ver la obra de **CEDEÑOS HERNÁN**, “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000, págs. 203-214.

<sup>685</sup> En este sentido **ORNOSA FERNÁNDEZ** refiere, “El principio de presunción de inocencia implica que el menor no está obligado a probar su falta de participación en los hechos sino que la carga de la prueba de su participación en ellos corresponde a la acusación a través de una mínima prueba de cargo (STC 17/1984, de 7 de febrero), practicada con las formalidades exigidas legalmente (STC 100/1985, de 30 de octubre) y en el juicio oral, salvo la llamada prueba preconstruida (STC 137/ 1988, de 7 de julio), *Derecho penal de menores...*, op. cit. pág. 348.

<sup>686</sup> **HUELAMO BUENDÍA**, “Derecho penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, pág. 346

<sup>687</sup> **SÁNCHEZ PÉREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 25.

Así pues, todo menor imputado goza del principio de presunción de inocencia. Pero el hecho de encontrarse como acusado lo pone en una situación de inferioridad procesal, en este caso frente al Ministerio Fiscal, y más si a dicho funcionario se le otorgan ciertas facultades como las observadas en el supuesto regulado por el artículo 26 de la LORRPEME, consistentes en la admisión, o no, de las pruebas ofrecidas por la defensa, incluyendo la misma declaración, situándolo de esa forma más en ese estado de desventaja<sup>688</sup>.

Otro aspecto que contempla la presunción de inocencia y su regulación en la LORRPEME, lo tenemos en el de la conformidad del menor con la medida propuesta por el Ministerio Fiscal y el desacuerdo del Letrado Defensor respecto a la misma, y es que la conformidad puede llegar a producir una quiebra a este principio, ya que, además, implica la renuncia a la práctica de toda prueba, asumiendo con ello una sentencia condenatoria.

En México, la LTMI contempla que los menores involucrados en los hechos investigados gozan de la presunción de ser ajenos a éstos, salvo que se acredite su participación.

## **6.8. Debido Proceso**

El principio del debido proceso<sup>689</sup> es inherente a todo ser humano y otorga a éste el derecho a su defensa y a ser juzgado por igual conforme a normas preexistentes, nítidas e

---

<sup>688</sup> La presunción de inocencia debe ser válida en todas las fases del proceso pero fundamentalmente en la audiencia. **RUIZ VADILLO**, "Las garantías del proceso. Presupuesto del tratamiento del delincuente," *Revista del Poder Judicial*, No. 25, 1992, pág. 88.

<sup>689</sup> El principio del debido proceso es un fundamento esencial del derecho procesal moderno, a la vez que es una exigencia del ordenamiento de los derechos humanos. Esto ocurre porque los principios que informan el debido proceso son garantías no sólo para el funcionamiento judicial en sí mismo, sino también porque involucran el cumplimiento de otros derechos fundamentales. El debido proceso conlleva, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, del mismo modo que una serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance las posibilidades de una defensa de su

inequívocas<sup>690</sup>, por jueces constitucionales, señalados previamente, ceñidos a los lineamientos, garantías y rigores del proceso, también preestablecidos y claros<sup>691</sup>.

Existe una íntima y estrecha relación entre el concepto del debido proceso y el derecho a la defensa, y puede afirmarse que se trata de principios tan íntimamente unidos que son perfectamente imprescindibles, amén de ser obvio que el proceso donde se vulnera el derecho a la defensa no puede recibir el calificativo de debido proceso<sup>692</sup>.

En México, siguiendo lo estipulado en la LTMI, en la resolución inicial, al determinarse que el menor sea sujeto a procedimiento, significa que éste debe ser sometido

---

caso. Cfr. **THOMPSON J**, “Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia...”, op. cit., pág. 22. Con relación al principio del debido proceso es interesante consultar a **CHAMORRO BERNAL**, *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 Constitucional)*, Barcelona, 1999, págs. 108-112; **PEDRAZ PENALVA**, “Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales”, *Revista General de Derecho*, No. 631, 1997, págs. 3889-3893; **SALADO OSUNA**, “Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño...”, op. cit., págs. 99-104.

<sup>690</sup> De conformidad con la doctrina emanada del Tribunal de Derechos Humanos y de las Cortes Constitucionales Europeas puede afirmarse que un ordenamiento es respetuoso con las exigencias del derecho a un proceso debido, cuando en él se garantiza el libre y efectivo acceso de los ciudadanos a un órgano jurisdiccional legal e imparcial, y a un proceso en el que bajo la vigencia de los principios dispositivo (o acusatorio en el proceso penal), contradicción e igualdad, pueden alegar y probar las partes resultando probatorio. V. **GIMENO SENDRA**, “Las garantías constitucionales en el proceso y el Secretario Judicial dentro del marco del Consejo de Europa”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 38, 1995, págs. 255-256.

<sup>691</sup> Cfr. **SAAVEDRA ROJAS**, “Derecho a la defensa...”, op. cit., pág. 32.

<sup>692</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 55. Por ejemplo en El Salvador en su Ley del Menor Infractor se establecen las garantías del debido proceso sustancial y formal, además de incorporar garantías específicas de la condición del menor, como el interés superior del niño, las de protección integral, la formación integral, la reinserción en la familia y sociedad, la finalidad educativa del proceso, la finalidad educativa de las medidas a imponer, la presunción de minoridad, la garantía de discreción en las actuaciones judiciales y administrativas. Asimismo, la Ley establece las garantías del debido proceso sustancial y formal. En cuanto a las garantías procesales el Código regula que todo menor infractor participará en el proceso, si su grado de madurez lo aconseja. Contiene garantías específicas de la condición de menor como son las de que sus padres estén presentes en las diversas etapas del procedimiento, salvo si esa presencia es perjudicial para el menor; las de que en la aplicación de la medida se procure mantener relación del menor con su familia; y las de que las medidas se cumplan en centros especializados separados de los adultos. También la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, establece garantías del debido proceso sustancial y formal, introduciendo garantías específicas como el derecho a la privacidad y el principio de confidencialidad; establece el principio de lesividad que prohíbe sancionar a una persona menor de edad si no se comprueba que su conducta daña o pone en peligro un bien jurídico tutelado; reconoce el derecho a la inviolabilidad de la defensa y el derecho de la defensa en si. Cfr. **CARRANZA E**; “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina”..., op. cit., págs. 19, 23, 24, 27 y 30.

a estudios para emitirse el diagnóstico biopsicosocial, y así poderse establecer qué medida debe aplicársele, atentándose con ello en cierta forma contra el principio del debido proceso. Otro aspecto que atenta contra dicho principio lo encontramos en el contenido del artículo 49, que regula que cuando el menor no haya sido presentado ante el Consejero Unitario, éste solicitará a las autoridades administrativas competentes su localización, comparecencia, o presentación; siendo dichas autoridades administrativas el Ministerio Público y sus auxiliares, a los que se les faculta para intervenir en casos de menores.

Finalmente, referiremos que el hecho de haber explicado también, aunque sea de manera breve, los principios procesales junto con el actuar del Letrado Defensor, relacionándolos, ha sido con el propósito de identificar en qué parte se pueden ver afectados los mismos, en virtud de la regulación de la participación del Letrado Defensor en la LORRPEME en España, así como el del Abogado Defensor en la LTMI, en México. Pero todas estas situaciones las desarrollaremos detenidamente en el último capítulo de este trabajo de tesis.



### *CAPITULO III*

*Las actuaciones del Ministerio Fiscal,  
Comisionado y Letrado Defensor, conforme  
a las leyes reguladoras de la materia de  
menores infractores en España y México*





## I. MINISTERIO FISCAL Y COMISIONADO

### 1. La actuación del Ministerio Fiscal en España conforme a la LORRPEME y a la nueva Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre

De acuerdo a lo que se observa en la LORRPEME, al Ministerio Fiscal se le dota de amplios poderes y atribuciones, considerándosele un órgano fundamental en la administración de justicia de menores<sup>693</sup>. Ya Desde la anterior LORCPJM, se le encomendaba la iniciativa procesal, concediéndosele extensas facultades para acordar la terminación del proceso, con el fin de evitar en lo mayor posible los efectos aflictivos que éste pudiese llegar a causar. En la LORRPEME, se hace alarde de su posición relevante, en su doble condición de institución, que por un lado tiene encomendada la función de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, y por otro vigilar el respeto de

---

<sup>693</sup> Sin embargo esto no es novedad, ya que desde la anterior LORCPJM se reguló la figura del Ministerio Fiscal, poniéndose en manos de dicho funcionario, la instrucción o la fase de investigación del procedimiento, respetando claro la intervención del órgano jurisdiccional en aquellos casos que por su naturaleza le corresponden (como son la adopción de medidas cautelares y el enjuiciamiento de los hechos), dotándosele al Fiscal de importantes facultades no solo instructoras, sino también de protección, dejándosele la valoración del ejercicio de la acción penal. En efecto, respecto a las novedades en la regulación que del ámbito del procedimiento instruido a los menores se da la separación de funciones de instruir y juzgar; asumiendo el Ministerio Fiscal la instrucción, función que un sector de la doctrina la considera justificada porque preserva la imparcialidad del juzgador, y otro sector la atribuye a una participación de una futura reforma del derecho procesal de adultos. Cfr. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor...*, op. cit., pág. 52. Así el Fiscal, al igual que en el modelo anglosajón, recibiría las denuncias que se presenten contra los menores por haber realizado un hecho delictivo y decidiría sobre la base de un principio de oportunidad amplísimo, si procede, o no, la incoación de un expediente al menor. Además, dirigiría la investigación de los hechos, impulsaría el procedimiento, y acordaría la práctica de las pruebas que estime oportunas, solicitando al Juez la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias. En aplicación de ese principio de oportunidad, el Fiscal puede pedir en cualquier momento del procedimiento, el archivo de las actuaciones y decidir sobre la posibilidad de ofrecer al menor la realización de una reparación extrajudicial, en caso de delitos no violentos. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 60-61. Según **VALERO OLTRA**, en el campo de las garantías procesales se asegura la imparcialidad del Juez, atribuyéndose la instrucción al Fiscal; se introduce tímidamente el principio de oportunidad que permitirá a aquél la no persecución de determinados hechos, aún delictivos, cuando concurrieren especiales circunstancias; se materializa el derecho de defensa con la regulación de la asistencia letrada al menor y se introduce el principio acusatorio a través de la formulación por el Fiscal de un sucedáneo del escrito de acusación propio del proceso penal de adultos. V. **VALERO OLTRA**, “De los tribunales tutelares a los juzgados de menores, sistemas de tratamiento de la delincuencia de menores”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 6, 1999, pág. 149.

los derechos del menor<sup>694</sup> sometido a procedimiento, en todas sus etapas (instrucción, audiencia, sentencia y ejecución de la misma), velando por su interés.

En efecto, se apuesta que la posición del Ministerio Fiscal será relevante en su doble condición, ya que, por una parte, conforme a la Constitución Española, como institución, tendrá la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la Ley, y por otra, de acuerdo a la LORRPEME, se le encomienda la iniciativa procesal, concediéndosele amplias facultades para acordar la terminación del proceso<sup>695</sup>.

Del análisis del contenido de la LORRPEME, se puede resumir que las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal son la defensa de los derechos de los menores, la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y la observancia de las garantías del proceso, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos, ordenando a la policía judicial la práctica de actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y la participación del menor, impulsando el procedimiento (Art.6º); pudiendo admitir, o no, la denuncia desde un principio, custodiando piezas, documentos, efectos, y practicando las diligencias necesarias, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones o incoar el expediente (Art.16); valorando la participación del menor en los hechos imputados, para proponer medidas educativas-sancionadoras en interés del mismo (Art.23)<sup>696</sup>. De igual forma, el Fiscal podrá determinar la no apertura del procedimiento o renuncia a éste, es decir, desistir de la incoación del expediente, por corrección del menor en el ámbito educativo o familiar (Art.18); o bien, sobreseer el mismo por conciliación entre el menor y

---

<sup>694</sup> V. Exposición de Motivos, apartado II, numeral 9 de la LORRPEME. Sobre las misiones encomendadas al Ministerio Fiscal consultar **SENA MEDINA**, “El Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica sobre la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Editorial Civitas, Madrid, 2001, págs. 177-196, y **SERRANO MASIP**, “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores”, en *Modernización de la justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, págs. 437-452.

<sup>695</sup> Respecto al Ministerio Fiscal, curiosamente se destacan las funciones de promover la acción de la justicia y la defensa de la legalidad. Sin embargo, el principio de legalidad cede, en algunas ocasiones, ante otro, ya que, con base en el interés del menor, se le ha dotado de un principio de oportunidad reglado, y en virtud del mismo, puede decidir lo contrario al significado tradicional del principio de legalidad, es decir, el no ejercicio de la acción penal. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 138.

<sup>696</sup> Cfr. **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., pág. 14.

la víctima, o reparación del daño, atendiendo, claro está, a la gravedad y circunstancias del hecho y del menor (Art.19)<sup>697</sup>.

Como el ejercicio de la acción penal en los casos de menores corresponde de manera exclusiva al Ministerio Fiscal (quien, aparte de fungir como acusador público, su decisión en caso de incoar el expediente, representa el interés del Estado por educar o reeducar a los menores)<sup>698</sup>, se le concede importantes facultades en su actuación, como la exploración de la personalidad del menor en la fase de investigación penal, teniendo el poder también para no optar por el ejercicio de la acción penal, atendiendo a las circunstancias reales y a las características personales del menor, en interés del mismo. De ello partirá la aplicación principalmente de los principios de intervención mínima, oportunidad, acusatorio, e interés superior del menor, de los que ya se ha tratado con anterioridad.

Ahora bien, dividiremos al proceso penal en cuatro etapas (fase de instrucción, fase intermedia, fase de audiencia, fase de sentencia y ejecución de la misma), y una de recursos, con el fin de explicar mejor la actuación del Ministerio Fiscal en cada una de estas fases que integran al mismo, siguiendo la LORRPEME<sup>699</sup> y refiriendo las modificaciones que se hayan realizado de la misma, con relación a la reciente promulgación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

---

<sup>697</sup> Ibidem; op. cit., pág. 25.

<sup>698</sup> “El Papel del Fiscal de menores en el procedimiento penal del menor es tan importante que llega a alcanzar el rango de coprotagonista (en el sentido de que determina él, no el Juez de menores, la pretensión del Estado en lo que tiene de pretensión penal o defensa social) con el Juez de Menores”, **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 137.

<sup>699</sup> Con relación a las fases en que se divide el proceso penal instruido a los menores infractores, algunos autores lo dividen en fase preprocesal, de investigación, intermedia, de audiencia y de ejecución. V. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., págs. 76-77. Fases instructora, audiencia, sentencia, recursos y ejecución de sentencia, **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores”, en *La responsabilidad penal de los menores*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 47. Fases de iniciación, investigación, audiencia, sentencia y recursos, **SANZ HERMIDA**, *El nuevo proceso penal del mMenor...*, op. cit., págs. 239-285. Con base a ello nos permitiremos, por considerarlo suficiente, dividir el proceso penal de menores sólo en cuatro fases (las cuales hemos referido), y explicar específicamente en cada una de ellas el actuar del Ministerio Fiscal.

## 1.1. Fase de instrucción

Corresponde al Ministerio Fiscal, la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1º de la LORRPEME, quien determinará, o no, la responsabilidad del menor, una vez realizadas las investigaciones correspondientes, proponiendo la medida más conveniente en su interés, en caso de acreditación de la misma; u optará por otras decisiones reguladas por la Ley<sup>700</sup>. En esta fase existen dos tipos de actuaciones por parte de dicho funcionario, las cuales son:

**a) Actuaciones previas y de investigación.** Estas actuaciones se encuentran fuera del control judicial. Corresponde al Ministerio Fiscal admitir, o no, a trámite la denuncia, dependiendo que los hechos sean, o no, constitutivos de delitos o faltas; custodiando piezas, documentos, y efectos que le hayan sido remitidos, practicando las diligencias que considere necesarias para la comprobación del hecho y la responsabilidad, pudiendo determinar el archivo de los asuntos cuando los hechos no constituyan delito, o no tengan autor conocido; al igual que tendrá la facultad para sobreseer y desistir de la integración de los mismos, si se cumplen los requisitos marcados por la Ley, o por lo contrario, continuar con el procedimiento.

Como indica CUELLO CONTRERAS, “El Fiscal de menores es plenamente soberano en esta fase del proceso penal de menores. Es a él a quien debe dirigirse la denuncia y es él quien decide el archivo de la misma cuando no encuentre en ella indicios de la comisión de un delito (art.16.2). Contra la resolución del Fiscal de menores decidiendo el archivo de la denuncia no cabe recurso alguno. Incluso cuando el hecho denunciado constituya delito menos grave sin violencia, ni intimidación en las personas, o falta, y el menor no sea reincidente, es también el Fiscal de menores quien decide la continuidad del procedimiento o su archivo, sin perjuicio de remitir lo actuado a la Entidad Pública de Protección de Menores (art. 18), sin posibilidad, igualmente, de recurso”<sup>701</sup>.

---

<sup>700</sup> V. HUETE PÉREZ, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit. págs. 48-49.

<sup>701</sup> CUELLO CONTRERAS, *El nuevo derecho penal...*, op. cit., pág. 80.

**b) Actuaciones que inician el proceso.** Estas actuaciones se inician con la incoación del expediente, dando cuenta de ello el Ministerio Fiscal al Juez de menores. Así pues, el Ministerio Fiscal concluye el expediente, remitiéndolo al Juez, junto con un escrito de alegaciones en el que valora los hechos y propone las pruebas para la defensa de su pretensión procesal o, en su lugar o momento, puede proponer el sobreseimiento del expediente si se cumplen los requisitos marcados por la Ley. Dichas actuaciones no podrán terminar sin control judicial<sup>702</sup>.

A continuación nos referiremos al actuar del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, conforme a la LORRPEME, haciendo especial referencia a los fundamentos legales de dicha Ley, relacionados con el mismo<sup>703</sup>.

Así pues, corresponde al Ministerio Fiscal realizar las investigaciones necesarias, y vigilar las actuaciones que deben realizarse en interés del menor, para valorar la participación de éste en los hechos que se le imputan (Art.6º), pudiendo admitir, o no, la denuncia, determinar su archivo, o bien, incoar el expediente (Art.16), con el fin de manifestar el reproche al menor y proponer las medidas educativo-sancionadoras (Art.23); por lo que incumbe al Ministerio Fiscal la instrucción del procedimiento (Art.16).

---

<sup>702</sup> “Asimismo es el Fiscal de menores quien decide soberanamente sobre el inicio del procedimiento mediante la incoación del expediente prevista en el art. 16.1, de la que dará cuenta al Juez de menores, quien, a su vez, iniciará las diligencias de trámite correspondientes. También es facultativo del Fiscal de menores proponer al Juez de menores el sobreseimiento del expediente por conciliación con la víctima, reparación del daño causado o prestación de determinadas actividades educativas, tratándose, siempre de delito menos grave sin violencia, ni intimidación, o falta; en cuyo caso contra el auto del Juez de menores sobreseyendo el expediente sí caben los recursos de apelación y reforma previstos en el art. 41 (vid. infra), si bien circunscritos, así lo parece, al cumplimiento de lo establecido en lo que propiamente es el conjunto de requisitos previstos en el art. 19 sobre conciliación, reparación o actividad educativa” Ibidem; op. cit., págs. 80-81.

<sup>703</sup> El desarrollo de la actuación del Ministerio Fiscal en la fase de instrucción que se hace en este apartado ha sido basándonos en diversas obras como las de **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal con implicación de menores*, Assaigs Jurídics, 8, Palma, 2002, págs. 57-69; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 81-82; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal* (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero), Editorial Tirant lo Blanch, 2000, págs. 105- 160; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 48-56; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 31-38.

Ahora bien, cabe señalar que se podrá presentar el supuesto, en el que el Ministerio Fiscal deba remitir a la Entidad Pública de Protección de Menores, el testimonio de los particulares que considere necesarios, de los asuntos en que se vean involucrados los menores de catorce años, ya que a éstos no se les puede exigir responsabilidad de acuerdo a la LORPEME (Art.3º)<sup>704</sup>.

Asimismo, el Ministerio Fiscal puede solicitar la aplicación, en caso necesario, de medidas terapéuticas a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal (Art.5º)<sup>705</sup>. Para lo cual, deberá acreditarse durante el transcurso de la instrucción, que el menor se encuentra en situación de enajenación mental, o en cualquier otra que refieren los numerales del artículo citado, adoptándose las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, sin perjuicio de concluir la instrucción y de realizar las alegaciones pertinentes previstas en la Ley (Art.29).

También el Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente, por corrección en el ámbito educativo y familiar, cuando se trate de delitos menos graves, sin

---

<sup>704</sup> El precepto legal citado contempla la remisión por parte del Ministerio Fiscal de los asuntos de menores de catorce años que cometan alguna infracción penal, a la Entidad Pública de Protección de Menores, actuación que podría afectar al menor y atentar contra el principio de interés superior del menor, además de otros principios, como más adelante plantearemos.

<sup>705</sup> Los numerales citados del artículo 20 del Código Penal refieren lo siguiente: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”. Cabe señalar que el aspecto de la solicitud de aplicación de medidas terapéuticas por parte del Ministerio Fiscal presentará diversos cuestionamientos, en vista de que para que proceda la aplicación de alguna medida debe existir responsabilidad penal, que en éstos casos por concurrir precisamente dichas circunstancias reguladas en el artículo 20 del Código Penal, no se puede hablar de la misma, atentando tal situación en contra de los principios de proporcionalidad, legalidad, intervención mínima, entre otros, de lo que hablaremos después.

violencia, o intimidación en las personas, dando traslado de lo actuado a la Entidad Pública de Protección de Menores, sin perjuicio de lo procedente respecto a la tramitación de la correspondiente pieza de responsabilidad civil (Art.18). De igual forma, puede proceder al sobreseimiento del expediente, atendiendo a la gravedad, falta de violencia, o intimidación grave, amén de que el menor se haya reconciliado con la víctima, haya asumido el compromiso de reparación del daño causado, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta, sin perjuicio a lo respectivo de la acción por responsabilidad civil (Art.19).

Cabe señalar que la LORRPEME no contemplaba la intervención del perjudicado o víctima a excepción de algunos casos regulados por la Ley; sin embargo, en virtud de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, se introdujo la intervención de la acusación particular (Art. 25)<sup>706</sup>, regulándose la personación de acusadores particulares en los procedimientos instruidos contra los menores, pudiendo las personas directamente ofendidas por el delito, los padres, herederos o representantes legales -en caso de ser menores las víctimas-, ejercer las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento<sup>707</sup>. Cabe señalar que una vez admitida por el Juez de menores la personación del acusador particular, se dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con dicha Ley, y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Asimismo, durante la investigación de los hechos, se podrá presentar la necesidad de la detención del menor, para lo cual los funcionarios que se encarguen de la misma,

---

<sup>706</sup> Disposición que se encuentra regulada en el mismo sentido por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>707</sup> Entre algunas de las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento podemos referir: ejercitar la acusación particular durante el procedimiento; instar la imposición de las medidas a que se refiere la Ley; tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden; proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor; participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción, ya sea en fase de audiencia, a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuere solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos; ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento; ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor; participar en las vistas o audiencias que se celebren; formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.

están obligados a informarle a éste, en un lenguaje claro y comprensible, los hechos imputados, las razones de su detención, y los derechos que le asisten (Art.17)<sup>708</sup>.

Hay que considerar que el Ministerio Fiscal no puede practicar ciertas diligencias, ya que éstas necesitan previa autorización por parte del Juez de menores, por ser restrictivas de derechos fundamentales (Art.23). Dichas diligencias son, el decreto del secreto del expediente en su parcialidad o totalidad, durante un periodo limitado o durante toda la instrucción (Art.24); y la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor inculcado (Art.28).

El Ministerio Fiscal en caso de optar por la incoación del expediente, una vez realizadas las investigaciones necesarias y las actuaciones correspondientes, es decir, cerciorarse de la edad de menor para la aplicación de la presente Ley (Art.1º); que no concurra alguna causa de exención o extinción de responsabilidad criminal previstas por el Código Penal (Art.5º); haber observado las reglas de prescripción (Art.10)<sup>709</sup>; que los hechos correspondan a su competencia y, en caso contrario, remitir lo actuado al órgano competente (Art.21); requerir al Equipo Técnico un informe sobre la situación de todos los aspectos del menor, así como las circunstancias relevantes a los efectos de la adopción de alguna medida (Art.27), dará cuenta de lo mismo al Juez de menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondiente (Art.16).

Para tal efecto, el Ministerio Fiscal debe incoar un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos (Art.20). Desde el momento de la incoación del expediente, el menor será notificado de la misma, teniendo derecho a

---

<sup>708</sup> El artículo 17 de la LORRPEME regula la actuación de los funcionarios en caso de detención del menor y los derechos que le asisten al mismo, haciéndose alusión a que toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su Letrado Defensor y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, salvo que las circunstancias aconsejen lo contrario, llevándose a cabo en su defecto la declaración en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente, circunstancia que consideramos que podría atentar contra las garantías y principios básicos de su actuar y procesales, como son los de unidad de actuación, dependencia jerárquica, acusatorio y otros, lo cual se analizará detalladamente en el último capítulo de este trabajo.

<sup>709</sup> Ahora estando reguladas por el artículo 15 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.



todas las garantías procesales, así como a los derechos marcados por la misma Ley (Art.22). El Ministerio Fiscal, podrá decidir sobre la realización, o no, de la práctica de diligencias propuestas por el Letrado Defensor del menor, a excepción de cuando sea solicitado que se lleve a efecto la declaración de éste, para lo cual dicho funcionario debe recibirla, al menos que ya hubiese concluido la instrucción y el caso hubiese sido elevado al Juzgado (Art.26)<sup>710</sup>.

También se procederá a la realización de los trámites correspondientes para la exigencia de responsabilidad civil, notificando el Ministerio Fiscal a quien aparezca como perjudicado, la posibilidad de ejercer acciones civiles. Para ésto, dicho funcionario entablará junto con la acción penal, la civil, aunque cabe referir que el perjudicado puede renunciar a ella por ejercitarla por sí mismo, dentro del plazo marcado por la Ley, o reservarse su derecho, para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil (Art.61). En caso de que el perjudicado desee ejercitar dichos derechos en el proceso de menores que se esta instruyendo, el Juez de menores, en cuanto reciba el parte de la incoación del expediente remitido por el Ministerio Fiscal, abrirá una pieza separada de responsabilidad civil, notificándose al perjudicado, para que se persone en la misma (Art. 64).

La actuación instructora por parte del Ministerio Fiscal tiene como objeto valorar la participación del menor en los hechos, para expresarle el reproche que merece su conducta, así como proponer las medidas de contenido educativo y sancionador, adecuadas a las circunstancias del hecho y su autor (Art.23). Para el efecto de proponer éstas, la LORRPEME establece un catálogo de medidas<sup>711</sup> susceptibles para imponer a los menores,

---

<sup>710</sup> Esta facultad otorgada al Ministerio Fiscal regulada por el artículo 26 de la LORRPEME, y que abarca la decisión de dicho funcionario de realizar, o no, la práctica de diligencias propuestas por el Letrado Defensor del menor, al igual que la obligación de recibir la declaración del menor, salvo en el caso de que se hubiese concluido la instrucción y el expediente se haya turnado al juzgado, traerán serias contrariedades, amén de que se atenta contra las garantías procesales dentro de las que se encuentra el derecho de defensa, como más adelante se explicará.

<sup>711</sup> Las medidas que pueden imponerse a los menores pueden ser: internamiento en régimen cerrado; internamiento en régimen semiabierto; internamiento en régimen abierto; internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto; tratamiento ambulatorio; asistencia a un centro de día; permanencia de fin de semana; libertad vigilada; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos

las cuales también refieren las obligaciones<sup>712</sup> que atañen a cada una de ellas, así como los aspectos a valorar por el Ministerio Fiscal para su elección (Art.7º), además de las reglas

---

de sus familiares u otras personas que determine el Juez; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; prestaciones en beneficio de la comunidad; realización de tareas socio-educativas; amonestación; privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; inhabilitación absoluta.

<sup>712</sup> Las obligaciones que atañen a cada una de las medidas que pueden imponer los jueces de menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen son: internamiento en régimen cerrado (se deberá residir en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio); internamiento en régimen semiabierto (se deberá residir en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro); internamiento en régimen abierto (deberá llevarse a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo); internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto (en los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. La medida puede aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias); tratamiento ambulatorio (se deberá asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan, y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. La medida puede aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias); asistencia a un centro de día (se deberá residir en un domicilio habitual y acudirán a un centro plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio); permanencia de fin de semana (se deberá permanecer en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o la noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia); libertad vigilada (se deberá hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional, o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudarla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la Entidad Pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser: 1. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuera requerido para ello. 2. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial y otras similares. 3. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. 4. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa. 5. Obligación de residir en un lugar determinado. 6. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. 7. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del

para la aplicación de las mismas (Art.9º), *-reguladas actualmente por los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre-*. Cabe señalar, que el Juez de menores no

---

menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad Pública y ésta deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996); prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez (se impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o los familiares de ésta u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación, contacto escrito verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la Entidad Pública, y esta deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996); convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (se deberá convivir, durante el periodo de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, familia distinta a la del menor, o grupo educativo adecuadamente seleccionados, para orientarlo en su proceso de socialización); prestaciones en beneficio de la comunidad (no podrá imponerse sin el consentimiento del sentenciado, consistiendo en realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad); realización de tareas socio-educativas (se ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social); amonestación (es la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos, y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro); privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas (podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente); inhabilitación absoluta (produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida). Las medidas de internamiento constarán de dos periodos, 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 artículos 9 y 10 de la LORRPEME. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos periodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las Entidades Públicas de Protección y Reforma de Menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor. El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el artículo 11 de la LORRPEME para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiéndose por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo.

puede imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal (Art.8º)<sup>713</sup>.

## 1.2. Fase intermedia

En esta fase<sup>714</sup>, que media entre la fase de instrucción y la fase de audiencia, el Ministerio Fiscal debe valorar lo actuado, con el fin de optar por la continuación del procedimiento, con la decisión de la apertura de la fase de audiencia, o bien de la conclusión anticipada del proceso (sobreseimiento o archivo de las actuaciones)<sup>715</sup>. En cualquiera de los dos casos dicho funcionario deberá remitir al Juez de menores las piezas de convicción y la propuesta correspondiente, aunque la Ley no lo expresa claramente<sup>716</sup>.

El actuar del Ministerio Fiscal en la fase intermedia conforme a la LORRPEME, considerando los fundamentos legales respectivos de esa Ley, es el siguiente:

---

<sup>713</sup> Dicho artículo fue modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido siguiente: “El Juez de menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular”. Artículo que sigue conservando su misma redacción en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

<sup>714</sup> La explicación que se hace del actuar del Ministerio Fiscal en la fase intermedia se sustenta con lo referido por diversos autores como son **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 69-70; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 82; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 160-172; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., págs. 76-77; **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 38-39.

<sup>715</sup> El contenido y la finalidad de la fase intermedia consiste en cumplir dos objetivos: proporcionar una oportunidad para que se complete el material instructorio que permita la adecuada preparación y depuración de la pretensión punitiva; y determinar si concurren, o no, los presupuestos para la apertura del juicio. **NARVAEZ RODRÍGUEZ**, “La acusación y la apertura del juicio oral. Las cuestiones previas...”, op. cit., pág. 230. Asimismo, con relación al sobreseimiento se pueden consultar obras de **SÁNCHEZ BARRIOS, M**; “El sobreseimiento en la reforma del proceso penal: Quiebra de la imparcialidad...”, op. cit., y de la misma autora, “Sobreseimiento e imparcialidad...”, op. cit.

<sup>716</sup> En efecto el artículo 30 de la LORRPEME refiere que el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, remitiendo el expediente al Juzgado de Menores, especificándose los elementos que deberán integrar el mismo, sin embargo, nada refiere respecto a la solicitud de apertura de audiencia por parte de dicho funcionario, lo que podría plantear consecuencias de carácter inconstitucional como se explicará mas adelante.

Una vez terminada la instrucción, el Ministerio Fiscal resuelve la conclusión del asunto, notificándosela al Letrado Defensor del menor, y remitiendo al Juez de menores el expediente junto con las piezas de convicción y efectos existentes, aunado del escrito de alegaciones en el que hará constar la descripción de los hechos; la valoración jurídica de éstos; el grado de participación del menor; la reseña de las circunstancias personales y sociales del inculpado; y la proposición de alguna de las medidas, con la exposición razonada, y fundamentos jurídicos, y educativos, que la aconsejen (Art.30)<sup>717</sup>. De igual forma, propondrá la prueba<sup>718</sup> para la defensa de su pretensión procesal. En este acto, el Ministerio Fiscal puede solicitar también al Juez de menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos<sup>719</sup> señalados en la LORRPEME (Art.19), así como la remisión de los particulares a la Entidad Pública de Protección de Menores que en su caso se amerite.

### 1.3. Fase de audiencia

La fase de audiencia<sup>720</sup> supone el enjuiciamiento, y sigue el esquema de cualquier juicio oral, integrado con el turno de intervenciones iniciales (equivalentes al que existe en

---

<sup>717</sup> Con relación a la fase intermedia y escrito de alegaciones ver artículo de **OLAVARRIA IGLESIA**, “Escrito de alegaciones y conclusión de la instrucción (Artículos 30 y 31)”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*”, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 153-164.

<sup>718</sup> Las pruebas que el Ministerio Fiscal puede ofrecer para apoyo de sus pretensiones son: la confesional, pericial, testimonial, documental, inspección ocular, careos, confrontación, entre otras.

<sup>719</sup> El Ministerio Fiscal podrá desistir de la continuación del trámite del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima, o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe. El desistimiento en la continuación del trámite de expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta. Producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez de menores el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

<sup>720</sup> El actuar del Ministerio Fiscal en la fase de audiencia desarrollado en este apartado tiene apoyo, entre otras, en las obras de **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 71-74; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 82-83; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 172- 184; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia*

el procedimiento abreviado), práctica de pruebas, y alegaciones de las partes (conclusiones). Fase en la que también tiene gran importancia la participación del Ministerio Fiscal.

El actuar del Ministerio Fiscal en la fase de audiencia conforme a la LORRPEME, se explicará a continuación.

Una vez remitido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales por el Ministerio Fiscal al Juez de menores, se incorporará a las diligencias, y se procederá a abrir el trámite de audiencia (Art.31)<sup>721</sup>.

A la vista de la petición del Ministerio Fiscal y del escrito de alegaciones del Letrado Defensor del menor, el Juez de menores podrá adoptar alguna de las decisiones siguientes: la celebración de la audiencia; el sobreseimiento, mediante auto motivado de las actuaciones; el archivo del sobreseimiento de las actuaciones con remisión de los particulares a la Entidad Pública de Protección de Menores, cuando lo haya solicitado el Ministerio Fiscal; la remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando considere que no es su competencia; practicar por sí las pruebas propuestas por el Letrado Defensor del menor, y que hubiesen sido denegadas por el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, por considerarlas relevantes a los efectos del proceso, dando traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al Letrado Defensor del menor, antes del inicio de la audiencia (Art.33). La audiencia se celebra con la asistencia del Ministerio Fiscal, entre otros, y se puede acordar la no publicidad de las sesiones a petición de éste, así como la prohibición para que los medios de comunicación difundan imágenes del menor, u obtengan datos que permitan su identificación (Art.35).

---

*juvenil...*, op. cit. pág. 77; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 56-60; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 40-43.

<sup>721</sup> El artículo 31 de la LORRPEME está relacionado con la apertura de la audiencia, la cual será ordenada por el Juez de menores, no haciéndose alusión alguna de que deberá ser solicitada la misma por el Ministerio Fiscal, lo que puede traer diversos cuestionamientos acerca del principio de imparcialidad, lo cual se tratará mas adelante.

Se informará al menor en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal, así como los hechos y causas en que se fundan y, si tanto el menor como su Letrado Defensor están de acuerdo con ambos aspectos, se dictará sentencia de conformidad (Art.32); pero si el Letrado Defensor no está de acuerdo con la conformidad del menor, el Juez resolverá sobre la continuación, o no, de la audiencia, y si el menor sólo esta de acuerdo con los hechos, mas no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia, sólo en este aspecto (Art.36).

De acuerdo a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el artículo 36 se agrega un nuevo apartado, el 4, que regula que cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.

En la celebración de la audiencia, el Ministerio Fiscal manifestará lo que tenga por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas, sobre la vulneración de algún derecho fundamental durante el trámite del proceso, o lo que conforme a derecho corresponda, y si el Juez de menores lo acordase, se desahogará la práctica de las pruebas propuestas y admitidas, para posteriormente valorar las mismas y exponer las pretensiones jurídicas. Si se determina conveniente la ausencia del menor en su interés durante la celebración de la audiencia, se acordará que éste abandone la sala (Art.37).

#### **1.4. Fase de sentencia y ejecución de la misma**

Terminada la fase de audiencia el Juez de menores procederá a dictar sentencia en un plazo máximo de cinco días. Una vez firme la sentencia, entra la fase de ejecución de

ésta<sup>722</sup>. En estas etapas habrá que observar que las facultades otorgadas al Ministerio Fiscal también son un factor importante para procurar el interés del menor y la protección del mismo.

El actuar del Ministerio Fiscal en la fase de sentencia y ejecución de la misma conforme a la LORRPEME, es el siguiente.

El menor y su Letrado Defensor, podrán encontrarse conformes con la imposición de alguna de las medidas (letras **e**) a **m**), del apartado 1 del artículo 7º de la LORRPEME) - *ahora letras e) a ñ)* de acuerdo a la *Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre*<sup>723</sup>-, solicitadas por el Ministerio Fiscal (Art.32), para lo cual se informará al menor en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas solicitadas por el Ministerio Fiscal, así como de los hechos y las causas en que se fundan y, sí tanto el menor como su Letrado Defensor, mostrasen su conformidad con los hechos imputados y con la medida solicitada, se dicta sentencia de conformidad, sin más trámite (Art.36).

Es importante señalar que también el Juez, a petición del Ministerio Fiscal, previa audiencia, e informe del Equipo Técnico y, en su caso, de la Entidad Pública de Protección, puede ordenar en cualquier momento que se deje sin efecto la medida impuesta, que se reduzca su duración, o que se sustituya por otra, en interés del menor (Art.14) *–regulado actualmente por el artículo 13 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-*.

---

<sup>722</sup> La explicación que se hace del actuar del Ministerio Fiscal en la fase de sentencia y ejecución de la misma se sustenta con lo referido por diversos autores como **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 83; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 185-217; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., pág. 77; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 60-61; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 43-44.

<sup>723</sup> Dichas medidas son tratamiento ambulatorio; asistencia a un centro de día; permanencia de fin de semana; libertad vigilada; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; prestaciones en beneficio de la comunidad; realización de tareas socio-educativas; amonestación; privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; inhabilitación absoluta.



Cabe señalar que la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, específica en su nuevo artículo 13 que quien deberá ordenar la reducción, sustitución o que se deje sin efecto la medida impuesta al menor, es el Juez competente para su ejecución. Asimismo con las nuevas regulaciones de dicha Ley, la modificación, sustitución o dejar sin efecto la medida no podrá realizarse en cualquier momento como lo refiere el artículo 13, ya que el artículo 10 regula que en caso de internamiento en régimen cerrado, sólo se podrá hacer uso de ello, una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida.

En el caso de que el menor cumpla la mayoría de edad y no haya finalizado la ejecución de la medida impuesta, continuará con la ejecución de la misma hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia (Art. 15), *-regulado actualmente por el artículo 14 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-*<sup>724</sup>. Cabe señalar que no podrá ejecutarse ninguna de las medidas previstas en la LORRPEME, si no es en virtud de sentencia firme, ni tampoco podrán ejecutarse en otra forma a las prescritas en esta Ley y reglamentos que

---

<sup>724</sup> Asimismo, en dicho artículo se establece lo que procederá en los supuestos de cuando el menor cumpla los dieciocho y veintiún años de edad, y a éstos se les haya impuesto medidas de internamiento en régimen cerrado. Esto es, cuando el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal, el Letrado del menor, el equipo técnico y la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. No obstante cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal, el Letrado del menor, el equipo técnico y la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley, o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si estas no fueren compatibles con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley. La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida el responsable hubiere cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la LORRPEME.

la desarrollen (Art.43); amén de notificarse al Ministerio Fiscal, el inicio de dicha ejecución (Art.46).

El Ministerio Fiscal puede solicitar al Juez<sup>725</sup> que acuerde la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años, y ésto podrá acordarse en la misma sentencia, o por auto, cuando la misma se encuentre firme, siempre y cuando se reúnan los requisitos<sup>726</sup> establecidos por la LORRPEME (Art.40).

El Ministerio Fiscal debe ser oído a su vez, respecto a las incidencias que surjan durante la ejecución de las medidas impuestas a los menores (Art.44), teniendo acceso al expediente personal único del menor, abierto por la Entidad Pública, el cual tendrá carácter reservado (Art.48). La Entidad Pública por su parte, puede solicitar en los informes relacionados con la ejecución de medidas, incidencias y evolución personal de menor, la revisión judicial de las medidas al Ministerio Fiscal, si así lo estima procedente (Art.49), a efecto de que se deje sin efecto éstas, que se reduzca su duración, o que se sustituya por otra en interés del menor (Art.14) *–regulado ello ahora por el artículo 13 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre–*. La conciliación entre el menor y la víctima (Art.19) en cualquier momento que se produzca, puede dejar sin efecto también la medida, a propuesta del Ministerio Fiscal (Art.51).

---

<sup>725</sup> La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre ha modificado el artículo 40 de la LORRPEME, en el sentido de que el Juez que acordará la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia será el Juez competente para la ejecución.

<sup>726</sup> Los requisitos son: no ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por la LORRPEME durante el tiempo que dure la suspensión; que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones; además el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión, o la obligación de realizar una actividad socio-educativa recomendada por el equipo técnico o la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

En caso de que el menor quebrante la ejecución de la medida impuesta, siendo ésta no privativa de libertad, el Ministerio Fiscal puede plantear la sustitución de ella por alguna otra de la misma naturaleza, aunque, excepcionalmente, puede solicitar la sustitución de la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento<sup>727</sup>. Asimismo, valorará que el hecho del quebrantamiento de cualquier tipo de medida impuesta, no constituya delito que merezca reproche sancionador conforme a la Ley (Art.50).

Todos los menores internados gozan de los derechos establecidos en la Ley, dentro de los cuales se encuentran el de comunicarse reservadamente con el Ministerio Fiscal, y formular peticiones y quejas al mismo (Art.56). Las sanciones disciplinarias que se aplican a los menores durante su internamiento pueden ser recurridas, para lo cual deberá ser oído dicho funcionario (Art.60).

El cumplimiento de la medida impuesta al menor, así como el auto de la misma, se le notificará al Ministerio Fiscal (Art.53).

## **1.5. Recursos**

El recurso es un derecho fundamental, formando parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 Constitucional, siempre en el ámbito del derecho procesal penal cuando lo prevean expresamente las leyes en el resto de órdenes jurisdiccionales. Al respecto, la LORRPEME hace una referencia breve de los medios de impugnación en el proceso penal de menores.

---

<sup>727</sup> La facultad que otorga la LORRPEME al Ministerio Fiscal de solicitar una medida privativa de libertad como lo es la de internamiento en centro semiabierto, en contra del menor por el hecho de quebrantar la ejecución de medida no privativa de libertad, podrá atentar contra diferentes principios como son el acusatorio o el de proporcionalidad, entre otros, y presentar conflictos como más adelante veremos.

La participación del Ministerio Fiscal en la interposición de recursos<sup>728</sup> conforme a la LORRPEME, es el siguiente:

El Ministerio Fiscal debe asistir a la vista de los recursos de apelación y reforma que se interpongan (Art.41). Asimismo, puede presentar recurso de casación, con el fin de la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación, que fueran contradictorias entre sí o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto a hechos y valoraciones de circunstancias sustancialmente iguales, y que hayan dado lugar a pronunciamientos distintos (Art.42). También tiene que rendir informe por la presentación de recursos interpuestos durante la ejecución de medidas, por parte del menor o su Letrado Defensor (Art.52). Los menores internados gozan de los derechos establecidos en la Ley, dentro de los cuales se encuentran el de comunicarse reservadamente con el Ministerio Fiscal, y formular peticiones y quejas al mismo (Art.56). De igual forma, las sanciones disciplinarias que se apliquen a los menores durante su internamiento pueden ser recurridas, para lo cual debe ser oído dicho funcionario (Art.60).

## **2. La actuación del Comisionado en México conforme a la LTMI**

Consideramos que el Comisionado en la LTMI tiene un papel fundamental con relación a los menores infractores. En efecto, en la misma se refiere que en la aplicación de dicha Ley se debe garantizar el irrestricto respeto a los derechos consagrados por la Constitución Política y tratados internacionales, promoviendo y vigilando la observancia de esos derechos los funcionarios responsables (Art. 2). Dentro de dichos funcionarios, cabría preguntarse si esas funciones de vigilancia corresponden también al Comisionado, lo cual lo iremos determinando en el desarrollo del presente capítulo.

---

<sup>728</sup> Vid al respecto: **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 75-80; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 83-84; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 217- 236; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 61-63; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 44-46.

En efecto, el Comisionado forma parte de la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, dependiente de las Unidades Técnicas y Administrativas, la cual realiza las actividades sustanciales del procedimiento tutelar del menor infractor, además de llevar a cabo las tareas de integración directa de los expedientes y emitir resoluciones y determinaciones respecto a la situación jurídica del menor, de acuerdo al procedimiento establecido en la normatividad. Por lo tanto, es el Comisionado quien decide si el menor presentado se turna al Consejero Unitario para que se entregue a sus representantes legales o encargados, o quede a disposición del Consejo en el Centro de Diagnóstico o de Tratamiento Interno, para la emisión del dictamen técnico por el Comité Técnico Interdisciplinario<sup>729</sup>.

Debemos reiterar que los Comisionados tienen a cargo las funciones de procuración, cuyo objeto es la protección de los derechos e intereses de la sociedad, así como de particulares afectados por la comisión de conductas tipificadas por las leyes penales, incluyendo las de interponer en representación de los citados intereses, los recursos procedentes conforme a dicha Ley.

Las Facultades que se atribuyen a los Comisionados las encontramos también reguladas por la LTMI y estas son: investigar las infracciones cometidas por los menores, que le son turnadas por el Ministerio Público, conforme a lo dispuesto en las reglas de integración de la investigación de infracciones de la Ley; requerir al Ministerio Público y a sus auxiliares que los menores que estén sujetos a su investigación les sean remitidos de inmediato; practicar las diligencias de carácter complementario conducentes a la comprobación de los elementos constitutivos de las infracciones, así como las correspondientes a comprobar la participación del menor en los hechos; tomar la declaración el menor con la presencia de su Abogado Defensor; recibir testimonios, dar fe

---

<sup>729</sup> Dicha Unidad se encarga de la prevención general, a través de actividades dirigidas a evitar la realización de conductas constitutivas de infracciones a las leyes penales, y prevención especial, consistente en el tratamiento individualizado proporcionado a los menores infractores para evitar reiteraciones. A su vez realiza actividades de procuración, cuyo objeto es proteger los intereses legítimos de las personas afectadas por las infracciones cometidas por los menores, así como los intereses de la sociedad en general. Cfr. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor*...., op. cit., pág. 23. Ver también Arts. 33 y 34 de la LTMI.

de los hechos y de las circunstancias del caso, así como de los instrumentos objeto y productos de la infracción, pudiendo allegarse de cualquier medio de convicción que permita el conocimiento de la verdad histórica; intervenir conforme a los intereses de la sociedad, en el procedimiento que se instruya a los menores ante la sala superior y los consejeros, así como en la ejecución de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento que se les apliquen; solicitar a los consejeros unitarios que se giren las órdenes de localización y presentación que se requieran para el esclarecimiento de los hechos, materia del procedimiento; intervenir ante los consejeros unitarios en el procedimiento de conciliación que se lleve a cabo entre los afectados y los representantes del menor, y en su caso, los responsables solidarios y subsidiarios con relación al pago de los daños y perjuicios causados como consecuencia de las infracciones cometidas por los menores; aportar en representación de los intereses sociales, las pruebas pertinentes y promover en el procedimiento las diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos que se le atribuyan al menor; formular los alegatos en cada uno de los casos en que intervenga, solicitando la aplicación de las medidas de orientación, de protección y de tratamiento que correspondan, y promover la suspensión o la terminación del procedimiento; interponer en representación de los intereses sociales, los recursos procedentes en los términos de la presente Ley; promover la recusación de los integrantes de la sala superior y de los consejeros unitarios, cuando los mismos no se inhiban de conocer, de conformidad con lo establecido en esta Ley; poner a los menores a disposición de los consejeros cuando de las investigaciones realizadas se desprenda su participación en la comisión de una infracción tipificada como delito en las leyes penales, y velar porque el principio de legalidad en el ámbito de su competencia no sea conculcado, procurando que el procedimiento se desahogue en forma expedita y oportuna (Art. 35, fracción II).

No obstante, a pesar de que la LTMI no refiere de manera específica que el Comisionado es una de las figuras cuyo papel primordial es la de vigilar a su vez la observancia del irrestricto respeto a los derechos humanos y constitucionales del menor infractor, consideramos que el mismo tiene esa enorme tarea. En efecto, éste la está desempeñando de cierta forma en sus facultades asignadas como las de realizar diligencias

para acreditar los elementos constitutivos de la infracción, cuidando que el menor rinda su declaración con la presencia de su Abogado Defensor, recabando y desahogando pruebas, conciliando con el menor infractor y víctima en los casos que la Ley lo permita, vigilando que el procedimiento se desahogue de manera expedita, etc. Aunque a su vez juega un doble papel representando y procurando los intereses de la sociedad, como pudiera ser el “hacer justicia”.

Pero bien, procedamos a abordar el tema correspondiente a la participación del Comisionado en los procesos de menores. De acuerdo a la LTMI el procedimiento que se les instruye a los menores infractores se encuentra dividido en nueve etapas (integración de la investigación de infracciones, resolución inicial, instrucción y diagnóstico, dictamen técnico, resolución definitiva, aplicación de las medidas, evaluación de la aplicación de las medidas, conclusión del tratamiento y seguimiento técnico ulterior)<sup>730</sup> (Art. 7º), sin embargo, para el mejor estudio de la actuación del Comisionado dentro del proceso que se les instruye a los menores infractores, nosotros lo dividiremos en cuatro etapas más una de recursos, cómo se verá a continuación.

## **2.1. Primera etapa. De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado**

El Ministerio Público debe de inmediato poner a disposición de la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, a todo menor que se le atribuya haber infringido las leyes penales (Art. 46)<sup>731</sup>. Es importante distinguir aquí la función que

---

<sup>730</sup> Al respecto, pueden consultarse, entre otros, **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R;** *Consejo de Menores, estructura y procedimiento*; Editorial Porrúa, México, 1999, págs. 25-55; **CABRERA MENDIETA,** “¿Son los menores de edad (No privados de sus facultades mentales) sujetos del derecho penal?...”, op. cit., págs. 36-38. **MARTELL GÓMEZ,** *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 24; y **RODRÍGUEZ MANZANERA,** *Criminalidad de menores...*, op. cit., págs. 420-426.

<sup>731</sup> Existe el supuesto en el que el Ministerio Público se declara incompetente, sin embargo decreta la vinculación del menor en la comisión de alguna infracción a las leyes penales, y turna el asunto con fundamento en la legislación administrativa local, a la Agencia Especializada en Asuntos de Menores e Incapaces (en este caso), quien en su oportunidad y si se acredita la participación del menor en los hechos

tiene el Ministerio Público<sup>732</sup>, ya que su labor principal es determinar si la conducta atribuida al menor se encuadra dentro de alguna de las establecidas en el Código Penal bajo las de denominación delitos, y en caso de ser afirmativo, remitir el asunto a la autoridad correspondiente<sup>733</sup>. Si no, dictar el acuerdo procedente<sup>734</sup>.

Una vez remitido el menor a la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, comienza la participación del Comisionado en turno, cuya obligación principal es la de proteger los derechos y los intereses de las personas que resulten afectadas por las infracciones cometidas por los menores de edad, encargándose de practicar las diligencias necesarias para acreditar la participación del menor en la comisión de la infracción<sup>735</sup>;

---

imputados, lo remite al Consejo de Menores, para que se haga acreedor a las medidas que dicha institución determine a través del procedimiento establecido. En efecto, dicha agencia tendrá la facultad plena para actuar tratándose de menores presumiblemente infractores, cuyo titular, previas las investigaciones correspondientes, se encuentra facultado para resolver sobre la situación jurídica del menor, la cual podrá ser en dos sentidos, una, dejar en libertad al menor si considera que su conducta no encuadra en las establecidas en el Código Penal, o que no se encuentra señalada como infracción en la Ley especial; otra, es remitirlo a la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, adscrita al Consejo de Menores, en caso de que la conducta actualice alguna de las hipótesis de la Ley de la materia. Cabe señalar que la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, alude respecto a agencias del Ministerio Público encargadas de la investigación de las conductas que pueden constituir ilícitos de carácter penal, y otras que se encargan de la tramitación de los asuntos relacionados con las conductas de los menores de edad, denominadas Agencias del Ministerio Público Especializadas en Asuntos de Menores e Incapaces; aclaración con la que se pretende evitar confundir la competencia de cada una de dichas agencias.

<sup>732</sup> Las órdenes de presentación de menores a quienes se atribuya un hecho tipificado en la Ley como delito, o de aquellas personas que aun siendo ya mayores hubieran cometido los mismos hechos durante su minoría de edad, deben solicitarse al Ministerio Público, para que éste a su vez formule la petición correspondiente a la autoridad judicial (Art. 78).

<sup>733</sup> Comparando el procedimiento penal que se les instaura a los adultos con el de los menores infractores, cuando un adulto comete un delito cuya pena es alternativa, pecuniaria, de querrela, por citar algunas, no se le priva de la libertad, en cambio los menores que son puestos a disposición del Ministerio Público por la comisión de un hecho semejante, si se les priva de su libertad al remitírseles al Consejo de Menores, atentándose con esta situación contra los principios de intervención mínima, proporcionalidad, culpabilidad, como más adelante lo veremos.

<sup>734</sup> Cabe señalar que la LTMI establece que el Consejo de Menores es competente para conocer la conducta de los menores mayores de once años y menores de dieciocho años de edad, tipificada por las leyes penales, siendo los menores de once años de edad sujetos de asistencia social por parte de las instituciones que se ocupen de dicha materia. Situación que presenta grandes problemas por la carencia de un marco normativo e institucional que sin violar derechos brinde dicha asistencia social; amén de la falta de preparación y especialización en materia de menores de los funcionarios encargados de emitir las resoluciones respectivas, acciones que acarrear violaciones en contra de los derechos procesales de los menores como más adelante lo referiremos.

<sup>735</sup> Durante el procedimiento el menor debe ser tratado con humanidad y respeto, de acuerdo a las necesidades inherentes a su edad y a sus condiciones personales, reconociéndosele las garantías procesales como las de gozar de la presunción de inocencia mientras no se acredite plenamente su participación en la comisión de la



pudiendo de acuerdo a la Ley, resolver en dos sentidos: 1) decretar la libertad provisional del menor tratándose de conductas no intencionales o culposas, en aquellas conductas cuya sanción no implique pena privativa de libertad, o sea de carácter alternativo, siempre y cuando se cumpla con la garantía fijada por concepto de la reparación del daño y de los perjuicios ocasionados, y con la obligación de los representantes legales o encargados del menor, de presentar a éste siempre que se requiera; 2) determinar la remisión del menor al Consejero Unitario correspondiente, si la conducta del menor se encuentra adecuada a las hipótesis normativas<sup>736</sup> previstas en la materia, debiendo enviar al Consejero las actuaciones dentro de las veinticuatro horas siguientes en que ha tomado conocimiento de las infracciones atribuidas a los menores (Arts. 36, fracción II, 46 y 47), a efecto de que se resuelva dentro del plazo de Ley lo que conforme a derecho proceda<sup>737</sup>. Observando la redacción de la LTMI, entendemos que aunque no se encuentre acreditada la comisión de la infracción y la participación del menor en ésta, el único facultado para determinar ello es el Consejero Unitario, no pudiéndolo hacer el Comisionado.

---

infracción; dar a conocer de inmediato su situación jurídica a sus representantes legales o encargados, cuando se conozca el domicilio; nombrar Abogado Defensor para que le asista jurídicamente durante el procedimiento y aplicación de medidas; y en caso de no nombrarlo, designársele uno de oficio (Art. 36, fracciones, I, II, III, IV).

<sup>736</sup> En este caso podríamos considerar que el menor es remitido al Consejero Unitario por la comisión de delito considerado como grave, que merezca pena privativa de libertad y que no permita sanción alternativa, o bien no tenga derecho a fianza.

<sup>737</sup> Así pues el Comisionado pone a disposición del Consejero Unitario en turno al menor, quien puede resolver en dos formas; determinar poner bajo la guarda y custodia de los representantes legales o encargados al menor, o bien éste queda a disposición del Consejo en el Centro de Diagnóstico; la otra resolver que el menor sea trasladado al Centro de Tratamiento Interno, en donde se realizará su diagnóstico biopsicosocial para que pueda dictaminarse por el Comité Técnico Interdisciplinario, su grado de inadaptación social. De igual manera en dicho centro se internan a los menores bajo sistemas de clasificación con base en su sexo, edad, estado de salud físico y mental, reiteración, rasgos de personalidad, gravedad de la infracción. **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 24.

## 2.2. Segunda etapa. De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial

Recibidas las actuaciones del Comisionado, el Consejero Unitario<sup>738</sup> radica el asunto, abre expediente, y practica las diligencias necesarias para esclarecer los hechos (Arts. 47 y 48).

Si el menor no se ha presentado solicita su localización y presentación a las autoridades administrativas correspondientes<sup>739</sup> (Art. 49), con el fin de poderle tomar su declaración inicial y así cumplir con las garantías procesales. Cabe señalar que el menor antes de declarar ante el Consejero Unitario correspondiente, será llevado al departamento de estudios especiales del gabinete de identificación, para realizársele su ficha de filiación, la que tendrá los datos siguientes: nombre del menor; fecha de nacimiento; edad, estatura y peso; lugar de origen; domicilio; ocupación; escolaridad; nombre del padre; nombre de la madre; nombre del tutor; número de expediente; descripción minuciosa de su físico; fecha de elaboración de su identificación; nombre y firma del responsable del gabinete de identificación en turno; número del Consejero Unitario ante quien se tramite el procedimiento<sup>740</sup>.

El plazo para dictar la resolución inicial es de cuarenta y ocho horas, el cual puede ampliarse por otras cuarenta y ocho cuando así lo solicita el menor o su defensa (Arts. 20 y 36, fracciones IX y X). En la resolución inicial se determina si el menor es, o no, sujeto a

---

<sup>738</sup> Las facultades atribuidas al Consejero Unitario son semejantes a las que poseen los Jueces de Primera Instancia en Materia Penal.

<sup>739</sup> En efecto, si un menor no se ha presentado ante el Consejo Tutelar por los hechos que se investigan, será localizado y presentado por las autoridades administrativas tal y como lo dispone la LTMI. Dichas autoridades vendrán siendo el Ministerio Público o policía judicial la cual está bajo sus ordenes, mismas que también se encuentran facultadas para realizar interrogatorios, siendo estas autoridades las inadecuadas por no ser instituciones especializadas en materia de menores como se refiere en las normas de carácter internacional, atentándose con ello también los principios del debido proceso y defensa como en su oportunidad lo referiremos.

<sup>740</sup> “Es importante mencionar que existe jurisprudencia del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en el sentido de que las infracciones que cometan los menores de edad no constituyen antecedentes penales, en consecuencia, la fecha de filiación es únicamente un medio de identificación”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**; *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit. pág. 37.

procedimiento y ésta debe reunir una serie de requisitos como la fijación de espacio temporal, la determinación del tipo, la presunta participación del menor en los hechos, los fundamentos legales y el razonamiento del porqué se considera que se ha infringido la Ley penal como consecuencia de una acción u omisión del menor<sup>741</sup>. Si se reúnen dichos requisitos el menor es sujeto a procedimiento, ordenándose la práctica de los exámenes para diagnóstico, pudiendo quedar el menor bajo la guardia y custodia de sus representantes legales o encargados, o bien internado a disposición del Consejo de Menores en los Centros de Diagnóstico (Art. 37)<sup>742</sup>. Si no se reúnen los requisitos, es decir, a falta de fundamentos legales; falta de acreditación de la infracción; o no se comprueba la participación del menor en los hechos, el Consejero Unitario dicta la declaración de no sujeción a procedimiento con las reservas de Ley.

El procedimiento puede ser suspendido de oficio en los casos siguientes: cuando después de transcurridos tres meses de la fecha en que quede radicado el asunto, no se localice o presente el menor ante el Consejero Unitario que este conociendo; cuando el menor se sustraiga de la acción de los órganos del consejo; cuando el menor se encuentre

---

<sup>741</sup> “La resolución inicial es la determinación del Consejero Unitario correspondiente que tiene como finalidad resolver la situación jurídica del menor. Requisitos de la resolución inicial: lugar, fecha y hora; los elementos que, en su caso, integren la infracción que corresponda al ilícito tipificado en las leyes penales; los elementos que determinen, o no, la presunta participación del menor en la comisión de la infracción; el tiempo, lugar y circunstancias de los hechos; los fundamentos legales, así como las razones y las causas por las cuales se considera que quedó, o no, acreditada la infracción o infracciones y la probable participación del menor en su comisión; la sujeción del menor al procedimiento y la práctica del diagnóstico correspondiente o, en su caso, la declaración de que no ha lugar a la sujeción del mismo al procedimiento, con las reservas de Ley; el nombre y la firma del Consejero Unitario que la emita y del secretario de acuerdos”; Ibidem; op. cit., págs. 37-38. Ver también Art. 50 de la LTMI.

<sup>742</sup> En efecto, “puede quedar a disposición del Consejero Unitario, dentro de los Centros de Diagnóstico si se trata de delito considerado grave por las leyes procesales federales o del Distrito Federal; dentro del mismo Centro de Diagnóstico si la infracción conforme a las leyes procesales trae aparejada sanción privativa; bajo la guarda y custodia de sus representantes legales; igualmente bajo la guarda y custodia de sus representantes si la infracción trae en la Ley penal respectiva una sanción alternativa o no privativa; también bajo la guarda y custodia de sus representantes legales cuando el delito sea culposo, siempre y cuando se garantice la reparación del daño”; **CABRERA MENDIETA**, “¿Son los menores de edad (No privados de sus facultades mentales) sujetos del derecho penal?...”, op. cit., pág. 37. “En caso de que se trate de ilícitos que en las leyes penales no admitan la libertad provisional bajo caución, ordenará en la misma resolución inicial que el menor permanezca a su disposición en los Centros de Diagnóstico hasta en tanto se dicte la resolución definitiva, en cuyo caso, si quedó acreditada la infracción y participación en la comisión de la misma, pasará a los Centros de Tratamiento Interno”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**; *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...* op. cit., págs. 38-39.

temporalmente suspendido física o psíquicamente, de tal manera que se imposibilite la continuación del procedimiento (Art. 73). La suspensión del procedimiento puede ser solicitada por el Comisionado, en el caso en que el menor se encuentre impedido temporalmente física o psíquicamente, siendo decretada por el órgano del consejo que este conociendo (Art. 74)<sup>743</sup>. Cuando haya desaparecido la causa de suspensión del procedimiento, el órgano que corresponda de oficio o a petición del Comisionado, decreta la continuación del mismo (Art. 75).

### 2.3. Tercera etapa. De la instrucción a la resolución definitiva

Inmediatamente de que se sujeta al menor a procedimiento se abre la instrucción<sup>744</sup>, siendo el plazo de dicha etapa de quince días hábiles como máximo para su desarrollo, contados a partir de la fecha en que se notifica la resolución inicial (Art. 51)<sup>745</sup>.

---

<sup>743</sup> Este es un ejemplo claro en el que se puede apreciar que el Comisionado puede estar abogando por la observancia del irrestricto respeto a los derechos humanos y constitucionales del menor infractor.

<sup>744</sup> “Dentro del ámbito jurídico se habla de la instrucción del proceso como las fases o curso que sigue todo proceso, o el expediente que se forma o tramita con motivo de un juicio. Significa también la parte del procedimiento penal que tiene por objeto ordenar los debates, sin cuya preparación resultará estéril y confuso un proceso. La instrucción tiene varios fines: a) determinar la existencia de los elementos suficientes para iniciar un juicio o para resolver si procede sobreseerlo; b) aplicar provisionalmente y cuando el caso lo amerite las medidas de aseguramiento necesarias; c) recoger los elementos probatorios que el tiempo pueda hacer desaparecer y; d) en materia penal hacer factible el ideal jurídico de la libertad del procesado hasta que recaiga sentencia condenatoria firme”; *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7ª Edición, Tomo III, Editorial Porrúa, Universidad Autónoma de México, México, 1994, págs. 1760-1762.

<sup>745</sup> “En el evento de que el menor quede a disposición del Consejero instructor en términos de lo ordenado por la resolución inicial, se abrirá la etapa de instrucción la cual tendrá una duración máxima de 15 días hábiles, plazo en el cual se practicará un diagnóstico al menor y se emitirá un dictamen técnico. En ese lapso de tiempo procesal, los primeros 5 días serán para que el Defensor del menor y el Comisionado ofrezcan pruebas, las cuales se harán por escrito; el Consejero instructor en ese plazo puede recabar pruebas de oficio para el esclarecimiento de los hechos; señalar una audiencia de desahogo de pruebas y alegatos. En esta audiencia se desahogaran las pruebas aportadas por las partes y concluida la misma se desahogarán los alegatos por escrito para que terminado esto, el Consejero Unitario dicte en el plazo de 5 días la resolución definitiva, la cual deberá notificarse al menor y sus representantes, Defensor y Comisionado. En el trámite del proceso ante el Consejo es aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Penales y las pruebas que se vayan a ofertar serán las que permite el código adjetivo mencionado”; **CABRERA MENDIETA**, “¿Son los menores de edad (No privados de sus facultades mentales) sujetos del derecho penal?...”, op. cit., pág. 37.

Dentro de la instrucción<sup>746</sup> se practican los estudios que conducen al diagnóstico biopsicosocial<sup>747</sup> y al dictamen técnico correspondiente que debe rendir el Comité Técnico Interdisciplinario, con base en los estudios realizados por el área técnica (Art. 38). Aquí observamos otro de los problemas en la LTMI, toda vez que al ordenarse la práctica del diagnóstico biopsicosocial se esta dándole un tratamiento ya de infractor al menor, sin embargo, hasta ese momento no puede considerársele como tal, toda vez que ello sólo se determina hasta la resolución definitiva, por lo que en caso de no considerársele infractor se estarán violando sus garantías individuales.

El dictamen contiene un resumen de los hechos y datos necesarios, que el Consejero valora para individualizar la medida a aplicar (Art. 61)<sup>748</sup>. Los datos a valorar son: las características de los hechos de acuerdo a tiempo, lugar, modo y ocasión, haciendo una apreciación criminológica; la descripción de las características personales del menor (edad, escolaridad, estado civil, religión, costumbres, cultura, nivel socioeconómico, antecedentes), haciéndose una evaluación de la personalidad biopsicosocial; la motivación y las condiciones del paso al acto; los aspectos victimológicos, la relación con la víctima y

---

<sup>746</sup> “Se dice que mediante la instrucción se aclararán los hechos que llevarán al conocimiento de la verdad y concluye cuando se han practicado todas las diligencias necesarias para encontrar esa verdad, incluyendo desde luego las que las partes hayan considerado necesarias para tal fin”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**; *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., pág. 42.

<sup>747</sup> “El diagnóstico es el resultado de las investigaciones técnicas interdisciplinarias que permiten conocer la estructura biopsicosocial del menor, y tiene por objeto dictaminar las medidas conducentes para lograr la adaptación social del propio menor. No debe olvidarse que los estudios necesarios para la elaboración del diagnóstico son de carácter interdisciplinario (médico, psicológico, pedagógico, y social), y que se encuentran a cargo de profesionales adscritos a la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores”; *Ibidem*; op. cit., pág. 43.

<sup>748</sup> “El dictamen debe contener los requisitos siguientes: a) lugar, fecha y hora; b) una relación sucinta de los estudios biopsicosociales que se le hayan practicado al menor; c) las consideraciones mínimas que han de tomarse en cuenta para individualizar la aplicación de las medidas que procedan, según el grado de desadaptación social del menor y que son los que a continuación se señalan: la naturaleza y gravedad de los hechos que se atribuyan al menor, así como las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión de comisión de los mismos; nombre, edad, grado de escolaridad, estado civil, religión, costumbre, nivel socioeconómico y cultural y la conducta precedente del menor; los motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de los hechos; y los vínculos del parentesco, de amistad, o nacidos de otras relaciones sociales con personas presuntamente ofendidas, así como las características personales de las mismas; d) los puntos conclusivos, en los cuales se determinará la aplicación de las medidas de protección, de orientación y tratamiento, así como la duración mínima del tratamiento interno, conforme a lo previsto en la Ley de la materia y; e) el nombre y la firma de los integrantes del Comité Técnico Interdisciplinario”. *Ibidem*; op. cit., págs. 43-44. Ver Art. 60.

las principales características con esta. Estos aspectos (hechos, autor, motivo y víctima) deben ser técnicamente valorados, haciéndose un diagnóstico clínico-criminológico, elaborado de manera interdisciplinaria. Hecho ello se pasa a la conclusión que es la determinación de la medida a aplicar. Si se trata de tratamiento interno se debe señalar el mínimo de duración, siendo el máximo de cinco años (Art. 119).

El Comisionado tiene cinco días hábiles a partir de la notificación de la resolución inicial para ofrecer las pruebas<sup>749</sup> correspondientes, las cuales serán por escrito (Art. 52). En los procedimientos instruidos ante el Consejo de Menores, son admisibles todos los medios de prueba, excepto los que de manera expresa prohíbe el Código Federal de Procedimientos Penales (Arts. 45 y 55)<sup>750</sup>. El Comisionado tiene participación en la ampliación o práctica de diligencias probatorias (Art. 56). Por su parte, el Consejero recaba pruebas y acuerda diligencias para avanzar en la investigación<sup>751</sup> (Art. 52). Dentro de los diez días hábiles de haberse ofrecido las pruebas, se celebra la audiencia<sup>752</sup> de pruebas y alegatos, la cual se realiza en una sola sesión, y si ésta no termina puede continuarse al día siguiente<sup>753</sup> (Art.

---

<sup>749</sup> En el sentido estricto, la prueba es la verificación o confirmación de las afirmaciones de hecho expresadas por las partes; y en sentido amplio, se designa como prueba a todo el conjunto de actos desarrollados por las partes, los terceros y el propio juzgador, con el objeto de lograr la comprobación del cercioramiento judicial sobre los hechos discutidos y discutibles; *Diccionario Jurídico Mexicano...*, op. cit., págs. 2632-2633.

<sup>750</sup> En dicho cuerpo normativo se establecen como pruebas la confesión, la inspección, la pericial, la testimonial, la confrontación, los careos y las documentales (Arts. 206-278 del CFPP).

<sup>751</sup> “Los órganos del Consejo de Menores podrán valerse de cualquier elemento o documento que tengan relación con los hechos para el conocimiento de la verdad...Podrá recabar de oficio, las pruebas pertinentes, así como ordenar la práctica de las diligencias necesarias para el mismo fin. Los órganos del Consejo se encuentran facultados para practicar o ampliar diligencias de prueba hasta antes de que se dicte la resolución definitiva, y siempre que sea conducente para el conocimiento de la verdad, en torno a la existencia de la infracción y la plena participación del menor en dicha conducta. Existirá libertad para actuar como el órgano del conocimiento lo estime pertinente, sin que sean lesionados los derechos fundamentales del menor y los intereses legítimos de la sociedad”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R;** *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., págs. 46-47.

<sup>752</sup> Audiencia “consiste en el acto, por parte de los gobernados o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman, o solicitan alguna cosa”; *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7ª Edición, Tomo I..., op. cit., págs. 264.

<sup>753</sup> “Para el desahogo de las probanzas se establece una audiencia que deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) se llevará a cabo dentro de los siguientes 10 días posteriores a la fecha en que haya concluido el periodo de ofrecimiento de pruebas; b) se realizará sin interrupción, es decir, en una sola sesión; c) se suspenderá sólo cuando sea necesario para concluir el desahogo de pruebas, o por alguna causa que lo amerite a juicio del instructor; d) en este supuesto continuará el desahogo al día hábil siguiente. Como en cualquier otro procedimiento, el desahogo de pruebas se realiza de acuerdo con su propia y especial naturaleza”;

53). Al final de la sesión cada parte (Comisionado) cuenta con treinta minutos para exponer verbalmente sus alegatos<sup>754</sup>, que presentarán por escrito (Art. 54). No se permite el acceso al público en las diligencias celebradas ante los órganos del Consejo de Menores, y a ellas solo concurrirán el menor, su Abogado Defensor, el Comisionado y demás personas que vayan a ser examinadas o auxilien al consejo. También pueden estar presentes los representantes del menor o encargados (Art. 41).

Una vez desahogadas todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, queda cerrada la instrucción (Art. 54). Los plazos marcados son con la finalidad de lograr una justicia pronta y expedita.

#### **2.4. Cuarta etapa. De la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento**

Cerrada la instrucción, con la audiencia de pruebas y alegatos, el Consejero tiene como máximo cinco días para dictar la resolución definitiva<sup>755</sup>, la cual debe notificarse al Comisionado, entre otros (Art. 54). La resolución tendrá una relación sucinta de los hechos, exposición cuidadosa de los motivos y fundamentos de la valoración de las pruebas<sup>756</sup>, y los

---

**ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R;** *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., pág. 48.

<sup>754</sup> Alegatos es “la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones, una vez agotada la etapa probatoria, y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo, en las diversas instancias del proceso”; *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7ª Edición, Tomo I..., op. cit., pág. 137.

<sup>755</sup> Esta resolución constituye un símil de la sentencia definitiva del proceso penal instruido en contra de los adultos, y es con la que se concluye la actividad procesal ante el Consejo de Menores. Tiene como objeto establecer en los puntos resolutivos, si queda, o no, acreditada la existencia de la infracción y la plena participación del menor en su comisión, así como las medidas que en su caso se aplican al menor para su adaptación social, con base en el dictamen técnico respectivo; Cfr. **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R;** *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., pág. 52.

<sup>756</sup> Para la formulación de la resolución definitiva, el Consejero debe valorar todos los elementos de prueba existentes, para lo cual existen reglas dentro de las que cabe mencionar que las actuaciones practicadas por el Ministerio Público en la fase inicial del procedimiento hacen prueba plena, por lo que respecta a la comprobación de los elementos de la infracción; lo cual es también una contradicción en la LTMI, al tratarse de actos realizados por autoridades que no están especializadas en materia de menores infractores (excepto si se trata claro está de agencias del Ministerio Público especializadas en menores), como lo haremos notar en su oportunidad.

considerandos fundamentados legalmente<sup>757</sup>. Los puntos resolutiveos pueden ser en dos sentidos: 1) si se acredita la existencia de la infracción y la participación del menor, se individualiza la medida a aplicar con base en el dictamen técnico; 2) si no se acredita la existencia de la infracción o la participación del menor, el menor es entregado a sus representantes legales o encargados, y a falta de éstos, a una institución de asistencia de menores (Art. 59)<sup>758</sup>.

Cabe reiterar la importancia del dictamen del Comité Técnico Interdisciplinario; el Art. 20, fracción II, de la LTMI, dispone que dentro de las atribuciones del Consejero Unitario, se encuentra señalar las medidas a aplicar de conformidad con el dictamen técnico; el Art. 59, fracción V, de la LTMI, indica la individualización de la medida tomando en consideración el dictamen técnico; y el Art. 88, de la LTMI, determina la aplicación de las medidas hechas por el Consejero con base en el dictamen técnico. Por lo tanto, el dictamen técnico es relevante debiéndolo considerar el Consejero para dictar la medida, la cual será individualizada con apoyo en el, por lo que es imposible imponer una medida en contra o diferente de la propuesta por el Comité Técnico Interdisciplinario<sup>759</sup>. Las medidas a aplicarse son las de orientación, protección y tratamiento interno o externo.

---

<sup>757</sup> La resolución definitiva debe reunir los requisitos siguientes: lugar, fecha y hora en que se emita; datos personales del menor; relación sucinta de los hechos que hayan originado el procedimiento y de las pruebas y alegatos; considerandos, motivos y fundamentos legales que la sustenten; puntos resolutiveos; nombre y firma del Consejero que la emita y la del secretario de acuerdos que de fe. (Art. 59).

<sup>758</sup> En Alemania a los menores se les puede imponer sanciones de acuerdo a los supuestos siguientes: la apreciación global de la personalidad del autor, considerándose también las condiciones de entorno, que permite concluir que en el momento de autos su grado de desarrollo moral y psíquico era equiparable al de un joven; y en virtud de que el tipo, las circunstancias o los móviles del delito, corresponden a una falta juvenil. **ROSSNER DIETER**; “El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, pág. 323.

<sup>759</sup> “La resolución definitiva deberá contener en esencia, si quedó, o no, acreditada la infracción, la plena participación del menor y cuál será, en concreto, la medida de readaptación del menor, en términos del dictamen técnico emitido”; **CABRERA MENDIETA**, “¿Son los menores de edad (No privados de sus facultades mentales) sujetos del derecho penal?...”, op. cit., pág. 37.



Las medidas de orientación y protección<sup>760</sup> tienen como finalidad evitar la reincidencia del menor en su conducta infractora (Art. 96), siendo las medidas de orientación las de amonestación; apercibimiento; terapia ocupacional; formación ética, educativa y cultural; recreación y deporte (Art. 97), y las de protección las de arraigo familiar; traslado al lugar donde se encuentra el domicilio familiar; inducción para asistir a instituciones especiales; prohibición de asistir a determinados lugares; veto para conducir vehículos y aplicación de los instrumentos, objetos y productos de la infracción (Art. 103). Las medidas de tratamiento, tienen como objeto conseguir la autoestima del menor, a través de la modificación de factores negativos de su estructura biopsicosocial; promover la estructura de valores y hábitos; reforzar el respeto a las normas; y fomentar los sentimientos de solidaridad, debiendo lograr la adaptación social del menor, siendo integral, secuencial, interdisciplinario, dirigido al menor con apoyo de su familia (Arts. 110 y 111). El tratamiento puede ser interno (en centros que señale el consejo, para lo cual la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores debe constar con las instalaciones y personal necesarios para una adecuada clasificación –sexo, edad, grado de desadaptación–, y dar un tratamiento individualizado a los menores) (Art. 112, fracción II), o externo (en el medio sociofamiliar o en hogares sustitutos que proporcionen un modelo de vida familiar adecuado) (Art. 112, fracción I). La duración del tratamiento debe ser limitado a un máximo de un año tratándose de tratamiento externo, y cinco años tratándose de tratamiento interno (Art. 119).

A los seis meses de iniciada la aplicación de la medida, la Unidad Administrativa encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, debe rendir un informe detallado sobre el desarrollo y avance de las medidas impuestas, y con base en él, el Comité Técnico Interdisciplinario emite un dictamen para el Consejero Unitario, quien una vez de haberlo valorado puede modificar la medida impuesta, mantenerla, u ordenar la libertad del menor. Los informes subsecuentes al primero de seis meses, deben realizarse cada tres meses (Arts. 61 y 62).

---

<sup>760</sup> Si el menor, representantes legales o encargados del mismo, quebrantan en más de dos ocasiones alguna de estas medidas, el Consejero que la haya ordenado, puede sustituir éstas por la de tratamiento en externación (Art. 109).

Respecto a la conclusión del procedimiento, éste puede concluir anticipadamente por sobreseimiento, por muerte del menor, trastorno mental, caducidad. El Consejero Unitario, con base en el informe, hace la evaluación de la medida aplicada, pudiendo mantenerla, modificarla, u ordenar la liberación del menor, concluyendo de esa forma también el procedimiento<sup>761</sup>. El procedimiento a su vez puede concluir en su momento procesal, cuando en la resolución definitiva el Consejero Unitario determina la no existencia de la infracción o falta de participación del menor, por lo cual el menor se entrega a sus representantes legales o encargados, y a falta de ellos, a una institución de asistencia de menores. Si el Consejero Unitario determina la imposición de la medida, el procedimiento no termina hasta que el tratamiento se considera concluido, procediéndose a realizar el seguimiento técnico ulterior, el cual se encuentra a cargo de la Unidad Administrativa de Prevención y Tratamiento del Menor (Art. 120), teniendo una duración de seis meses a partir de la conclusión del tratamiento (Art. 121).

Es de observarse que dentro de los requisitos que debe tener la resolución definitiva establecidos por el Art. 59 de la LTMI, no se trata nada respecto a la reparación del daño. Por lo tanto recurrimos a la Ley supletoria de esta materia<sup>762</sup> que es el Código Federal de Procedimientos Penales, el cual en su Art. 94 refiere que las resoluciones judiciales son sentencias, siempre que terminen la instancia; resolviendo el asunto en lo principal; que la misma debe estar fundada y motivada; y que debe cumplirse o ejecutarse en sus términos. Asimismo, el Art. 95, fracción VI, de dicho código, establece que las sentencias contendrán la condenación o absolución que proceda, y los demás puntos resolutivos correspondientes, dentro de los cuales se encontrarían los relacionados con la reparación del daño.

---

<sup>761</sup> “Las resoluciones inicial, definitiva y la que ordene, modifique o dé por terminado el tratamiento interno del menor dictadas por el Consejero Unitario, serán apelables ante la Sala Superior del Consejo Tutelar, por escrito en un plazo de tres días. El objeto de la apelación será la modificación o la revocación de las resoluciones impugnadas. Teniendo derecho a apelar el Defensor del menor, sus representantes y el Comisionado. En el escrito donde se apelen las resoluciones indicadas se deberán formular los agravios que les causen las mismas. La sala superior al resolver el recurso suplirá, en caso de ser procedente, los agravios del Defensor del menor o de sus representantes. La resolución de la apelación deberá hacerse en tres días si la resolución impugnada es la inicial y de 5 si es la definitiva”, Ibidem.

<sup>762</sup> En efecto, el artículo 128 de la LTMI establece que se aplicarán supletoriamente, las disposiciones consignadas en el Código Federal de Procedimientos Penales, en los aspectos siguientes: en todo lo relativo al procedimiento, notificaciones, impedimentos, excusas y recusaciones.

Para esto la LTMI regula que la reparación del daño derivada de la comisión de infracciones, puede solicitarse por el afectado o sus representantes legales, ante el Consejero Unitario (Art. 86). Una vez solicitada la misma, los Consejeros Unitarios correrán traslado de la solicitud respectiva al Abogado Defensor del menor, y citarán a las partes, incluyendo también al Comisionado<sup>763</sup>, para la celebración de una audiencia de conciliación, la cual se llevara a cabo dentro de los cinco días siguientes, en la cual se procurará el avenimiento de las mismas, proponiéndoseles las alternativas que estimen pertinentes para solucionar esta cuestión incidental. Si se llega a un convenio por las partes, éste se aprueba de plano, tiene validez, y surte efecto de título ejecutivo para el caso de incumplimiento. Si las partes no llegan a algún acuerdo, o si llegando al mismo no lo cumplen, se dejará a salvo los derechos del afectado, para que los haga valer ante los tribunales civiles en la vía y términos que a sus intereses convenga (Art. 87).

## 2.5. Recursos

En el sistema jurídico mexicano existen diversos medios para impugnar determinaciones judiciales, sin embargo, con relación a los asuntos de menores infractores, el único medio de impugnación ordinario que la LTMI establece, es el recurso de apelación<sup>764</sup>.

Así pues el recurso de apelación tiene por objeto modificar o revocar la resolución inicial, la resolución final, la resolución que modifique el tratamiento interno, la resolución mediante la cual se determine concluir el tratamiento interno (Arts. 63 y 64).

---

<sup>763</sup> El Comisionado como integrante de la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, tiene la función de intervenir en el procedimiento de conciliación que se lleve a cabo entre los afectados y representantes del menor, para el pago de los daños y perjuicios causados como consecuencia de las infracciones cometidas por los menores infractores. (Art. 35, fracción II, inciso h).

<sup>764</sup> “Es el medio de impugnación que se interpone contra una resolución judicial pronunciada en un proceso ya iniciado, generalmente ante un Juez o tribunal de mayor jerarquía, y de manera excepcional ante el mismo juzgador, con el objeto de que dicha resolución sea revocada, modificada o anulada”; *Diccionario Jurídico Mexicano*, 7ª Edición, Tomo IV..., op, cit., págs. 2702-2703.

El recurso de apelación debe interponerse por escrito, haciéndose constar los agravios causados por la resolución impugnada, y debe presentarse dentro del término de tres días contados a partir de la notificación del acto a impugnar (Art. 69). El recurso de apelación debe presentarse ante el Consejo Unitario correspondiente, quien lo enviará a la sala superior de inmediato<sup>765</sup> (Art.71).

Dentro de los facultados para presentar el recurso de apelación se encuentra el Comisionado, entre otros (Art. 67). Será improcedente el recurso de apelación en los casos de que exista conformidad expresa con la resolución por parte de las personas facultadas para interponerlo; cuando no se interponga en tiempo; cuando exista el desistimiento; cuando hayan sido promovidos por personas sin facultades para interponerlo (Art. 65).

El recurso de apelación interpuesto contra resolución inicial será resuelto dentro de los tres días siguientes a su admisión, y dentro de los cinco días siguientes cuando sea interpuesto contra la resolución definitiva, o contra aquella que modifique, o dé por terminado el tratamiento interno. La substanciación de dicho recurso se llevará a cabo en una sola audiencia, en la que se oirá al Comisionado. La resolución debe engrosarse en un plazo de tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia, y realizado ello se notificará la misma a las partes, remitiéndose el expediente al órgano que dictó la resolución impugnada (Art. 70).

La resolución del recurso de apelación puede ser sobreseyéndolo por alguna de las causas establecidas por la Ley para tal fin; confirmando la resolución recurrida; modificando la resolución recurrida; revocando la resolución impugnada para el efecto de

---

<sup>765</sup> “Presentada la apelación ante el Consejo Unitario, se resolverá en la forma siguiente: si se impugna la resolución inicial, dentro de los tres días siguientes a su admisión; si se promueve en contra de la resolución definitiva, o en contra de la resolución que modifica el tratamiento interno, o la que da por terminado el mismo, en un término de cinco días contados a partir de su admisión; se celebrará la audiencia única en la que se oirá al Defensor y al Comisionado; la resolución se debe engrosar en un término de tres días hábiles, contados a partir de la celebración de la audiencia única; posteriormente se notificará a las partes; y se remitirá el expediente al órgano que haya dictado la resolución impugnada; la sala superior está obligada a suplir las deficiencias en la expresión de los agravios expresados por el Defensor, los legítimos representantes o los encargados del menor”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**, *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., pág. 59.

que se reponga el procedimiento; revocando de manera lisa y llana la resolución materia del recurso (Art. 72).

Las resoluciones que emita la sala superior con relación a los recursos de apelación interpuestos ante ella no serán recurribles (Art. 66); sin embargo, al no existir otro recurso ordinario procede el juicio de amparo indirecto ante los Tribunales Colegiados de Circuito, con fundamento en los artículos 107, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política; 44 y 15 de la Ley de Amparo; y 44, fracción I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y conforme a la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## **II. LETRADO O ABOGADO DEFENSOR**

### **1. La actuación del Letrado Defensor del menor en España conforme a la LORRPEME y a la nueva Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre**

Uno de los aspectos más importantes que contempla la LORRPEME es el derecho de defensa del menor, ejerciéndose a través de Letrado Defensor. Éste se considera para todo tipo de infracciones criminales y desde el principio de la incoación del expediente, lo cual significa una novedad respecto a la anterior Ley reguladora del proceso penal instaurado en contra del menor<sup>766</sup>.

---

<sup>766</sup> Como se ha expuesto, la participación del Letrado Defensor del menor por primera vez la encontramos regulada expresamente en la LORCPJM. En efecto, el menor era asistido de Letrado Defensor obligatoriamente en el acto de la audiencia (juicio), así como en el momento de la detención y adopción de medidas cautelares, lo cual considerándose en dicha Ley era toda una novedad positiva. Sin embargo, en el acto de la comparecencia ante el Juez para rendir su declaración, esta asistencia era facultativa por parte del menor y su representante legal, y a pesar de que muchos menores tenían derecho a la asistencia jurídica gratuita, fue un porcentaje muy bajo el que lo solicitó. Eso originó que el sistema de garantías que pretendía establecerse no fuera del todo completo puesto que al ser facultativa del menor, la mayoría de los menores comparecían a rendir su declaración sin la asistencia de Letrado Defensor, a pesar de que se les informaba en la citación del juzgado que según su situación económica, podían tener derecho a la asistencia gratuita. Cabe

En efecto, desde la Exposición de Motivos de la LORRPEME, se hace referencia a un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, en el cual el menor goza del reconocimiento de todas las garantías derivadas de los derechos constitucionales. Y respecto a la defensa del menor ejercida a través del Letrado Defensor, ésta es considerada en todas y cada una de las fases del proceso, al conocerse en todo momento el contenido del expediente, al poder proponer pruebas e intervenir en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que se puede solicitar su modificación<sup>767</sup>. En ese sentido, autores como DOLZ LAGO apuntan: “De otra parte, el Letrado Defensor del menor aparece citado por la Ley en todas las fases del procedimiento, desde su iniciación hasta su ejecución, estando legitimado para formular escritos, peticiones y recursos en defensa de los derechos del menor”<sup>768</sup>; y ORNOSA FERNÁNDEZ, por su lado, argumenta: “Afortunadamente, la nueva Ley prevé la asistencia obligatoria de Letrado desde el momento en que se incoa un expediente al menor. No hay que olvidar que en la fase de instrucción, se produce una actividad investigadora de la que el menor debe estar informado a través de su Letrado, al margen de que pueda solicitar la práctica de las pruebas que estime convenientes en su defensa”<sup>769</sup>.

Pero, a pesar de lo referido en la Exposición de Motivos de la LORRPEME y lo manifestado por los autores citados, consideramos que el Letrado Defensor y su participación en la Ley que nos ocupa, no aparece regulada claramente en todas las fases del procedimiento instaurado en contra del menor<sup>770</sup>, pues la Ley señala que el Letrado

---

señalar que este acto era de gran trascendencia puesto que afectaba a la determinación de su implicación en los hechos de los que estaban acusados, y al ser interrogados respecto de ellos por el Fiscal, había un evidente desequilibrio, sin contar con que el Juez de menores también podía formular cuestiones, sin aparente límite que pudiese afectar su imparcialidad. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 63 y 66.

<sup>767</sup> Exposición de Motivos, apartado II, numerales 6 y 9 de la LORRPEME.

<sup>768</sup> **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor...*, op. cit., pág. 53.

<sup>769</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 63-64.

<sup>770</sup> En efecto, ORNOSA FERNÁNDEZ considera que “Afortunadamente, la actual Ley exige la presencia de Letrado desde el inicio de las actuaciones y ello va a redundar en que se haga realmente efectivo el derecho de defensa contenido en el art. 24 de la Constitución. Toda declaración del detenido deberá contar con la presencia del Letrado Defensor (art. 17.2), que podrá proponer la práctica de cuantas diligencias considere necesarias en la fase de instrucción (art. 26) y deberá ser oído y proponer los medios de prueba a practicar previamente a la adopción de medidas cautelares (art. 28). Participa activamente en la fase de audiencia (arts. 36 y 37) y en la de ejecución debe ser oído respecto de las incidencias que se planteen (art. 44.1). Puede

Defensor del menor debe ser nombrado desde el momento de la incoación del expediente, surgiendo así cuestionamientos respecto a la posibilidad de la actuación del Letrado Defensor en los actos previos a la incoación del expediente, es decir, durante la investigación, amén de otros planteamientos que abordaremos más adelante.

Ahora pasemos a explicar el actuar del Letrado Defensor conforme lo establece la LORRPEME, para lo cual dividiremos nuevamente al proceso penal en cuatro etapas (fase de instrucción, fase intermedia, fase de audiencia, fase de sentencia y ejecución de la misma), y una de recursos<sup>771</sup>, refiriendo a su vez las modificaciones que se hayan realizado al mismo, con relación a la reciente promulgación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

### **1.1. Fase de instrucción**

La misma LORRPEME en su artículo 1º, regula para las personas que se les aplique dicha Ley, el reconocimiento de todos los derechos contemplados en la Constitución y normas de carácter internacional. Dentro de esos derechos está contemplada la asistencia jurídica a través del Letrado Defensor, pero, ¿a partir de cuándo empieza dicha intervención realmente?, ¿empezará desde la fase de instrucción?, ¿se encuentra expresa en todos los supuestos de la Ley de menores, la intervención del Letrado Defensor?. Estos cuestionamientos lo desarrollaremos detalladamente en el último capítulo de este estudio,

---

interponer recursos contra las sanciones que se adopten contra el menor privado de libertad, lo cual es toda una novedad, ya que la anterior Ley no le daba entrada en esta fase. Además puede instar del Juez la adopción de diversas decisiones relativas al control de la ejecución (art. 44.2) y se le remitirán informes sobre el desarrollo de la misma [si así lo solicitare] (art. 49.1). Puede pedir al Juez la sustitución de la medida por otra diferente o incluso, que se deje sin efecto (art. 51). Por último, la Ley le otorga la posibilidad de defender a los representantes legales del menor en la pieza separada de responsabilidad civil que se tramitará en el Juzgado de Menores (art. 64.11)” Ibidem; op. cit., pág. 115.

Sin embargo, la participación del Letrado Defensor no la observamos contemplada de manera expresa por ejemplo en las actuaciones previas y de investigación, sólo se refiere en caso de detención más no de comparecencia ante la autoridad investigadora.

<sup>771</sup> Las fases en que hemos dividido el proceso penal instaurado en contra de los menores para explicar el actuar del Letrado Defensor, han sido expuestas considerando el esquema que presentan diversos autores y de los cuales ya hemos hecho referencia en el apartado relacionado con la actuación del Ministerio Fiscal.

ya que en esta parte sólo explicaremos el desarrollo del actuar del Letrado Defensor en cada una de las fases procesales, y ubicaremos dónde podemos observar los aspectos conflictivos de su intervención, en virtud de la regulación de la LORRPEME y, en su caso, si éstos han sido modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

Así pues, en la fase de instrucción, nos encontramos dos tipos de actuaciones, las cuales son:

**a) Actuaciones previas y de investigación.** Con relación a las mismas, la LORRPEME no establece al respecto participación alguna del Letrado Defensor del menor. Sin embargo, supongamos que el menor es citado por el Ministerio Fiscal para alguna diligencia de investigación, para lo cual es evidente que el mismo podrá asistir acompañado por su Letrado Defensor, o bien en el caso de detención<sup>772</sup>, también deberá ser asesorado por Letrado Defensor, en virtud a lo establecido por la misma Constitución.

Respecto a la detención del menor y la asistencia del Letrado Defensor, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, regula en su artículo 17, apartado 2, segundo párrafo, que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración; modificación acertada y que clarifica los derechos procesales del menor.

**b) Actuaciones que inician el proceso.** Con relación a la actuación del Letrado Defensor del menor al momento en el que el Ministerio Fiscal decida incoar el expediente, sólo se establece que una vez incoado éste, el menor tendrá derecho a ser informado de los derechos que le asisten dentro de los que se encuentra la designación de Letrado que le

---

<sup>772</sup> Ello considerando el artículo 40.2 apartados II y III de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que señalan que el menor dispondrá de asistencia jurídica en la preparación y presentación de su defensa, amén de que la causa será dirimida en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado. Cfr. **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del menor...*, op. cit., págs. 200-201. Y es que la actual Ley se supone que considera la presencia de Letrado desde el inicio de las actuaciones, lo que va a redundar en que se haga realmente efectivo el derecho de defensa contenido en el artículo 24 de la Constitución. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág.115.



defienda o a que le sea designado de oficio, y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. En efecto, el expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, y se requerirá al menor y a sus representantes legales que designen Letrado Defensor en un plazo de tres días, y si no lo hacen, se le designará de oficio. El Ministerio Fiscal debe dar vista del expediente al Letrado Defensor del menor, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como éste lo solicite. Terminada la instrucción, la conclusión debe ser notificada al Letrado Defensor del menor<sup>773</sup>.

Cabe reiterar que hay ciertos preceptos legales de la LORRPEME que no regulan de manera expresa la participación del Letrado Defensor, y que constituyen precisamente los aspectos conflictivos en su actuar y que detallaremos en su momento. Pero pasemos a explicar antes dicho actuar en la etapa que nos ocupa, relacionándolo con los fundamentos legales de la LORRPEME.

Empezaremos a señalar que los menores serán responsables con arreglo a la LORRPEME cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1<sup>774</sup>, y no concurren causas de exención o extinción de responsabilidad criminal, previstas en el Código Penal (Art. 5).

Durante las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Fiscal o de instrucción del procedimiento, aunque no se encuentra regulada de manera expresa la participación del Letrado Defensor del menor (Art.16), consideramos que la misma debe producirse en defensa de los intereses de dicho menor. Situación que debe ocurrir cuando el Ministerio Fiscal remita a la Entidad Pública de Protección de Menores los asuntos en que

---

<sup>773</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 261-273 y 312-317. Y artículos. 22, 23 y 30 de la LORRPEME.

<sup>774</sup> El artículo 1º de la LORRPEME contiene la Declaración General y dice: 1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales. 2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los tratados válidamente celebrados por España.

se vean involucrados los menores de catorce años, en virtud de que a éstos no se les puede exigir responsabilidad penal (Art.3º)<sup>775</sup>; así como cuando solicite la aplicación de medidas terapéuticas, a los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal<sup>776</sup> (Art.5º), o bien medidas cautelares, para la protección y custodia del menor, cuando éste se encuentre en situación de enajenación mental u otras circunstancias parecidas (Art.29)<sup>777</sup>. En los casos en que proceda el sobreseimiento y el menor se haya reconciliado con la víctima, haya asumido el compromiso de reparación del daño causado, ó se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta, sin perjuicio a lo respectivo de la acción por responsabilidad civil (Art.19), también consideramos como imprescindible la participación del Letrado Defensor.

En este sentido, otra de las omisiones respecto a la intervención del Letrado Defensor del menor en la LORRPEME, la encontramos en el art. 19, que refiere la situación del sobreseimiento del menor en los casos apuntados, requisitos que si por alguna causa no se cumplieran, el menor continuaría siendo sujeto al proceso, sin embargo, éste ya estará considerado responsable de los hechos por haber reconocido los mismos y declararse

---

<sup>775</sup> En efecto dicho precepto legal no contempla expresamente la participación del Letrado Defensor en el supuesto de remisión por parte del Ministerio Fiscal de los asuntos de menores de catorce años que cometan alguna infracción penal, a la Entidad Pública de Protección de Menores, lo cual puede implicar violaciones no sólo al derecho de defensa, sino también atentar contra los principios de igualdad, contradicción, etc; como más adelante se planteará.

<sup>776</sup> Art. 20. “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3º. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad...”

<sup>777</sup> El art. 29 de la LORRPEME tampoco refiere nada respecto a la intervención del Letrado Defensor en el caso de que se adopten medidas cautelares para la protección y custodia del menor, cuando éste se encuentre en situación de enajenación mental u otras, lo que atenta contra el derecho de defensa, amén de ir en contra del principio de contradicción y otros, como se explicará posteriormente.

culpable, lo cual realizó seguramente sin haber sido asistido por su Letrado Defensor en ese momento tan importante, pudiendo atentar ello contra el derecho de defensa.

En la investigación de los hechos puede presentarse el supuesto de que el menor sea detenido, para lo cual los funcionarios que se encarguen de la detención están obligados a informarle a éste, en un lenguaje claro y comprensible, los hechos imputados, las razones de su detención y los derechos que le asisten, estableciéndose por la LORRPEME que toda declaración se llevará a cabo en presencia de su Letrado Defensor (Art.17)<sup>778</sup>. Asimismo, si el Ministerio Fiscal llega a solicitar del Juez la adopción de alguna(s) medida(s) cautelar(es) para la custodia y defensa del menor expedientado, deberá escucharse al Letrado Defensor del menor para resolverse lo solicitado y, si se trata de la solicitud de una medida cautelar consistente en internamiento, se resolverá dicha petición en una comparecencia a la que asistirá el Letrado Defensor del menor, quien puede proponer los medios de prueba que considere convenientes y que puedan practicarse en el acto, o bien, dentro de las veinticuatro horas siguientes. A su vez, el Juez de menores ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta, en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar, una vez escuchado el Letrado Defensor del menor (Art.28).

Desde el momento de la incoación del expediente, el menor tiene derecho a ser informado de los derechos que le asisten, dentro de los que se encuentra la designación de Abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio, y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. Por lo tanto desde la incoación del expediente, se requiere al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado Defensor en un plazo de tres días, y si no lo hacen se le designará de oficio, de entre los integrantes de turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados

---

<sup>778</sup> Cabe señalar que el artículo 17 ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de regular que el menor detenido tiene derecho a la entrevista reservada con su Letrado Defensor con anterioridad y al término de la práctica de diligencia de toma de declaración, modificación acertada toda vez que ahora no cabe duda respecto a la entrevista con su Defensor previa a su declaración, en casos de detención.

(Art.22)<sup>779</sup>. Además, el Ministerio Fiscal debe dar vista del expediente al Letrado Defensor del menor, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como éste lo solicite (Art.23). Si se llega a decretar el secreto del expediente, ya sea parcial o total, el Letrado Defensor del menor debe en todo caso conocer en su integridad el expediente, al evacuar el trámite de alegaciones (Art.24)<sup>780</sup>.

Asimismo, el Letrado Defensor del menor puede solicitar al Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias considere necesarias (entre ellas las que afectaren a derechos fundamentales para lo cual el Ministerio Fiscal se dirigirá al Juez de menores), y éste decidirá sobre su admisión, a través de resolución motivada, misma que le será notificada a dicho Defensor. En caso de que el Ministerio Fiscal se niegue a la práctica de dichas diligencias, el Letrado Defensor puede reproducir su petición al Juez de menores, en cualquier momento. Pero, si dentro de esa petición se encuentra la de que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal tendrá que recibirla, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y no cuente con el expediente, por encontrarse éste ya en el Juzgado de Menores (Art.26)<sup>781</sup>.

---

<sup>779</sup> El art. 22 de la LORRPEME, regula los derechos del menor a partir de la incoación del expediente, sin embargo, no expresa nada respecto a si esos derechos podrán ser considerados antes de la incoación del expediente, es decir, por ejemplo, cuando el menor sea presentado ante la Fiscalía para el desahogo de diligencias de investigación, lo cual podría atentar contra el derecho de defensa y los principios de contradicción y otros. A su vez cabe señalar que otro de los aspectos conflictivos que se observaba en el artículo 22 de la Ley que nos ocupa, es que la designación del Letrado Defensor sería requerida al menor y a sus representantes legales, por el Secretario del Juzgado de Menores, una vez incoado el expediente, lo que nos hacia cuestionarnos qué pasaría si el menor fuera presentado antes de dicha incoación ante la Policía o Fiscalía, para desahogarse alguna diligencia de investigación y requiere de asistencia jurídica, ¿tal nombramiento también tendría que ser realizado por dicho funcionario?, situación que atentaba también contra los derechos procesales del menor como en su oportunidad se explicará. Sin embargo, con la modificación a la LORRPEME, por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el artículo 22 se establece que será el Ministerio Fiscal quien requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado Defensor, y una vez producida dicha designación el Fiscal la comunicará al Juez de menores. Pero todas estas situaciones las abordaremos en el último capítulo de este trabajo.

<sup>780</sup> Cabe señalar que al decretarse el secreto del expediente ello puede afectar al derecho de las partes, como es el de defensa, para conocer el curso y contenido del expediente, privándosele de ofrecer las pruebas y alegaciones pertinentes; aspecto que desarrollaremos en su oportunidad.

<sup>781</sup> Este precepto legal regula las diligencias propuestas por el Letrado Defensor del menor al Ministerio Fiscal para ejercer su defensa, dentro de las que podrían encontrarse la declaración del menor u otras pruebas, sin embargo, la Ley faculta al Ministerio Fiscal para que decida sobre la aceptación, o no, de dichos elementos de prueba, lo cual atenta contra los principios de igualdad y contradicción, amén del derecho de defensa, a pesar de que se regule que la petición del Letrado Defensor podrá realizarse nuevamente ante el Juez de menores.

El Letrado Defensor del menor también tiene derecho a que se le entregue copia del informe elaborado por el equipo técnico, con relación a la situación del menor (Art.27).

## 1.2. Fase intermedia

Como ya se ha referido, esta fase<sup>782</sup> es la que media entre la fase de instrucción y la fase de audiencia, y es en la que se valora lo actuado, con el fin de determinarse la continuación del procedimiento, con la decisión de apertura de la fase de audiencia, o bien, la conclusión anticipada del proceso (sobreseimiento o archivo de las actuaciones).

El actuar del Letrado Defensor del menor en la fase intermedia conforme a la LORRPEME, es el siguiente.

Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resuelve la conclusión del expediente, misma que debe notificársela al Letrado Defensor del menor; además de remitir al Juez de menores el expediente junto con las piezas de convicción, efectos existentes, y el escrito de alegaciones (Art.30). Por lo tanto, únicamente se hace referencia a la obligada notificación que debe hacerse al Letrado Defensor del menor, entre otros, resolviendo sobre la conclusión del expediente.

---

<sup>782</sup> La explicación que se hará del actuar del Letrado Defensor en la fase intermedia se sustenta con lo referido por diversos autores como **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 69-70; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 82; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs., 160-172; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., págs. 76-77; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 38-39.

### 1.3. Fase de audiencia

Esta fase<sup>783</sup> significa el enjuiciamiento, siguiendo el esquema de cualquier juicio oral, mismo que está compuesto con el turno de intervenciones iniciales (equivalentes al que existe en el procedimiento abreviado), práctica de pruebas, y alegaciones de las partes (conclusiones).

El actuar del Letrado Defensor del menor en la fase de audiencia conforme a la LORRPEME, es el siguiente:

Una vez recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Fiscal, al Juzgado de Menores, los incorporarán a las diligencias y se procederá a abrir el trámite de audiencia, dando traslado del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente, al Letrado Defensor del menor, para que en un plazo de cinco días, formule su escrito de alegaciones y proponga las pruebas que considere pertinentes (Art.31).

Dicho artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que una vez “recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el Secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al Letrado del menor y, en su caso, a los

---

<sup>783</sup> El actuar del Letrado Defensor en la fase de audiencia desarrollado en este apartado tiene apoyo en las obras de **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 71-74; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 82-83; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 172- 184; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., pág. 77; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 56-60; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 40-43.

representantes civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente”.

El menor y su Letrado Defensor podrán expresar conformidad con la imposición de alguna de las medidas<sup>784</sup> (previstas en las letras **e**) a **m**), del apartado I del artículo 7) *-ahora letras e) a ñ) de acuerdo a la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-* que solicite la acusación en su escrito de alegaciones, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de menores, dictándose sentencia sin más trámite, imponiéndose la medida (Art.32).

A la vista de la petición del Ministerio Fiscal y del escrito de alegaciones del Letrado Defensor del menor, el Juez de menores podrá adoptar diversas decisiones, entre las que se encuentra el practicar por sí, las pruebas propuestas por el Letrado Defensor del menor, que hubiesen sido denegadas por el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que las considere relevantes a los efectos del proceso, dando traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al Letrado Defensor del menor, antes del inicio de la audiencia (Art.33). Dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del Letrado Defensor del menor, o una vez transcurrido dicho plazo sin que se hubiese efectuado la presentación del mismo, el Juez de menores acordará lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de la audiencia, señalándose día y hora para la celebración de ésta (Art.34). La audiencia se celebra con la asistencia, entre otros, del Letrado Defensor del menor y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez de menores, oídas las partes, entre ellas el Letrado Defensor del menor, acuerde lo contrario (Art.35).

---

<sup>784</sup> Estas medidas son: tratamiento ambulatorio; asistencia a un centro de día; permanencia de fin de semana; libertad vigilada; prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez; convivencia con otra persona, familia o grupo educativo; prestaciones en beneficio de la comunidad; realización de tareas socio-educativas; amonestación; privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas; inhabilitación absoluta.

El Juez de menores informará al menor de la(s) medida(s) solicitada(s) por el Ministerio Fiscal, y si el menor está de acuerdo con la(s) medida(s) solicitada(s)<sup>785</sup>, al igual que el Letrado Defensor, el Juez de menores dictará sentencia de conformidad (Art.32); pero si el Letrado Defensor no está de acuerdo con la conformidad del menor, el Juez de menores resolverá sobre la continuación, o no, de la audiencia, razonando dicha decisión en la sentencia, y si el menor sólo está de acuerdo con los hechos, más no con la medida solicitada se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en este aspecto, practicándose las pruebas propuestas, a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada en su interés, y que haya sido propuesta por alguna de las partes (Art.36)<sup>786</sup>.

El Letrado Defensor del menor puede manifestar en la celebración de la audiencia, lo que considere conveniente respecto a la práctica de nuevas pruebas, o sobre la vulneración de algún derecho fundamental durante el trámite del proceso. Asimismo, se le pondrá de manifiesto la posibilidad de solicitar la aplicación de una distinta calificación o medida de las que se hubiese pedido, acordando el Juez de menores lo procedente. Posteriormente, se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida, escuchándose al Letrado Defensor del menor sobre la valoración de ésta, su calificación jurídica, amén de la procedencia de las medidas propuestas (Art.37).

---

<sup>785</sup> Siempre y cuando sean las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del artículo 7, de la actual Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, y que hemos referido en la nota anterior.

<sup>786</sup> En efecto, el artículo 36 de la LORRPEME regula la conformidad del menor y su Letrado Defensor, con la imposición de alguna de las medidas previstas específicamente en la Ley y solicitadas por el Ministerio Fiscal, estableciéndose que dicha conformidad puede ser sólo por parte del menor, ya que si su Letrado Defensor no está de acuerdo con la misma, el Juez de menores podrá determinar la continuación, o no, de la audiencia, lo cual podría presentar diversos conflictos, además de atentar contra el derecho de defensa como se explicará más adelante.



#### 1.4. Fase de sentencia y ejecución de la misma

Concluida la fase de audiencia, se dicta sentencia dentro del plazo establecido por la Ley, y una vez firme ésta, se procede a la ejecución de la misma<sup>787</sup>.

Según la LORPEME, la sentencia debe contener los requisitos previstos en la LOPI, y una vez valoradas las pruebas practicadas y las razones expuestas por el Ministerio Fiscal y Letrado Defensor del menor, entre otros, se resolverá respecto a la medida o medidas propuestas y su duración (Art.39). Cabe señalar que para la elección de la medida adecuada, se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino a otros factores como son la edad, personalidad, etc; analizados en los informes de los equipos técnicos (Art.7). Y si se llega a imponer la medida de libertad vigilada, ésta debe ser ratificada mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del Letrado Defensor del menor, al finalizar el internamiento (Art.9) *-ahora regulado por el artículo 10, apartado 4 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-*.

El Letrado Defensor podrá proponer que se deje sin efecto la medida impuesta al menor, que se reduzca su duración, o que se sustituya por otra en interés del menor (Art.14) *-ahora regulado por el artículo 13 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-*. De igual forma, el Letrado Defensor del menor puede solicitar que se acuerde la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado, y hasta un máximo de dos años;

---

<sup>787</sup> Vid. **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 83; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 185-217; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español de justicia juvenil...*, op. cit., pág. 77; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 60-61; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 43-44.

ello podrá acordarse en la misma sentencia, o por auto cuando ésta sea firme, debiéndose expresar en todo caso las condiciones de la misma (Art.40)<sup>788</sup>.

El Letrado Defensor del menor tiene derecho a solicitar que le sea notificado el inicio de la ejecución de la medida (Art.46).

El Juez de menores que haya dictado la sentencia correspondiente es el encargado de controlar la ejecución de las medidas<sup>789</sup>, resolviendo mediante auto motivado, oído el Letrado Defensor del menor, sobre las incidencias que se puedan presentar durante su transcurso (Art.44).

El Letrado Defensor del menor puede tener acceso al expediente personal único del menor (el cual tiene carácter reservado), abierto por la Entidad Pública (Art.48). También se le pueden remitir los informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal del menor sometido a la misma (Art.49).

Si el menor quebranta la ejecución de la medida impuesta y ésta no es privativa de libertad, el Ministerio Fiscal puede plantear la sustitución de ella por alguna otra de la misma naturaleza, aunque, excepcionalmente, se procederá a la sustitución de la medida quebrantada no privativa de libertad, por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento, para lo cual debe ser escuchado el Letrado Defensor del menor. Asimismo, refiere que se remitirá testimonio de los particulares

---

<sup>788</sup> Cabe señalar que el artículo 40 de la LORRPEME ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que la autoridad competente para acordar la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia será el Juez competente para la ejecución.

<sup>789</sup> El artículo 44 se modifica por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre en el sentido de que la ejecución de las medidas previstas en esta Ley, se realizará bajo el control del Juez de menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo cuando por aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de esta Ley, sea competente otro, mismo que resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado del menor y la representación de la Entidad Pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso.

relacionados con el quebrantamiento de la medida, al Ministerio Fiscal, por si el hecho es constitutivo de alguna de las infracciones y merece reproche sancionador (Art.50)<sup>790</sup>.

Durante la ejecución de las medidas, a instancia del Letrado Defensor del menor y escuchadas las partes, se puede dejar sin efecto éstas, o sustituirlas por otras más adecuadas, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento<sup>791</sup>. De igual forma, la conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento que se produzca el acuerdo, puede dejar sin efecto la medida impuesta, a propuesta del Letrado Defensor del menor y cuando así lo considere el Juez de menores (Art.51).

Los menores internados gozan de los derechos establecidos en la Ley, dentro de los cuales se encuentran el de comunicarse reservadamente con su Letrado Defensor. Aunque no esta expreso en la Ley de menores, se deduce que el menor también puede formular peticiones, quejas y recursos, a través de su Letrado Defensor, y tiene derecho a recibir información personal y actualizada de sus derechos, su situación personal y judicial; con asistencia del mismo (Arts.56 y 58).

---

<sup>790</sup> Como se observa, no se regula la intervención del Letrado Defensor en lo relacionado con la remisión del testimonio al Ministerio Fiscal para que éste valore si se cometió alguna infracción; situación que también debiera hacerse del conocimiento de dicho Defensor, en virtud de que el hecho de haber quebrantado la medida, traerá consecuencias de carácter punitivo, empeorando la situación del menor a la que tenía inicialmente; por ello necesita contar con la asistencia de su Letrado Defensor, a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa, y se le reconozcan las garantías procesales con las que todo individuo cuenta. Cabe referir que el artículo 50 de la LORRPEME fue modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que el Juez de menores acordará que el secretario judicial sea quien remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal. Asimismo, es importante referir el apartado 3, del artículo 47, regulado actualmente por la Ley Orgánica 8/2006, que establece que en caso de que, estando sujeto a la ejecución de una medida, el menor volviera a cometer un hecho delictivo, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del Letrado del menor, dictará la resolución que proceda en relación a la nueva medida que, en su caso se haya impuesto, conforme a lo dispuesto en sus dos apartados anteriores, y que en este caso podrá aplicar además las reglas establecidas en el artículo 50 para el supuesto de quebrantamiento de la ejecución. Artículo que como se observa está relacionando el quebrantamiento de medida por parte del menor regulado por el artículo 50 de la Ley que nos ocupa, regulándose de cierta forma la intervención del Letrado Defensor, aunque dicha regulación también puede prestarse a confusiones. Pero todos estos planteamientos los realizaremos detalladamente más adelante.

<sup>791</sup> El artículo 51 ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que la autoridad competente que puede dejar sin efecto la medida o sustituirla por otra, es el Juez de menores competente para la ejecución, amén de que ello procederá considerándose en su caso lo establecido por los artículos 50, apartado 2, y artículo 13.

Asimismo, las sanciones disciplinarias que se apliquen a los menores durante su internamiento pueden ser recurridas también por su Letrado Defensor (Art.60).

El cumplimiento de la medida impuesta al menor, así como el auto de la misma, debe notificársele al Letrado Defensor del menor, a la vez que éste puede solicitar al Juez de menores que inste de la correspondiente Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, que se arbitren los mecanismos de protección del menor, cuando el interés de éste así lo requiera (Art.53).

Por último, referiremos que cuando el menor a quien se le haya impuesto una medida llegue a la mayoría de edad, continuará con el cumplimiento de la misma hasta alcanzar los objetivos fijados (Art.15) –*disposición regulada ahora por el artículo 14 de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre-*.

Tenemos que referir que el artículo 15 de la LORRPEME, establece que cuando el menor a quien se le haya impuesto una medida llegue a la mayoría de edad, continuara con el cumplimiento de la misma hasta alcanzar los objetivos fijados, no obstante, si la medida de internamiento es impuesta a quien haya cumplido veintitrés años de edad, o habiendo sido impuesta no ha finalizado su cumplimiento al llegar a esa edad, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo establecido por la misma Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario, conforme al régimen ordinario previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Como observamos dicho artículo sólo regula la intervención del Ministerio Fiscal para hacer las alegaciones respectivas a dicha situación, pero no dice nada respecto a la intervención del Letrado Defensor, lo cual considerábamos que podía atentar contra los principios de contradicción y defensa, como más adelante lo expondremos. Sin embargo, el artículo 15 ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, la cual regula en su artículo 14, que cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal y el Letrado Defensor, entre otros, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo

en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia, situación misma que será aplicada cuando las medidas sean impuestas a quienes hayan cumplido veintiún años de edad, o habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, salvo algunas excepciones; amén de otras regulaciones. Modificación que consideramos acertada ya que se regula de manera expresa la intervención del Letrado Defensor en tales supuestos, misma que en su oportunidad analizaremos.

### 1.5. Recursos

La LORRPEME hace referencia breve de los medios de impugnación<sup>792</sup> en el proceso penal de menores.

El actuar del Letrado Defensor del menor en la interposición de recursos conforme a la LORRPEME, y considerando los fundamentos legales de dicha regulación es el siguiente.

El Letrado Defensor del menor puede interponer los recursos de apelación y reforma, y debe asistir a la vista de los mismos, pudiendo solicitar si fuese el recurrente, la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia no se hubiera realizado (Art.41). De igual forma, puede presentar recurso de casación (Art.42). También puede interponer los recursos en forma escrita, ante el director del centro de internamiento o Juez,

---

<sup>792</sup> La participación del Letrado Defensor en los recursos, se desarrolla con apoyo en las obras de **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal...*, op. cit., págs. 75-80; **CUELLO CONTRERAS**, *El nuevo derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 83-84; **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit. págs. 217- 236; **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., págs. 61-63; y **POLO RODRÍGUEZ y HUÉLAMO BUENDÍA**, *La nueva Ley penal del menor...*, op. cit., págs. 44-46.

contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de la medida que le haya sido impuesta al menor (Art.52)<sup>793</sup>.

Cabe repetir que las sanciones disciplinarias que se apliquen a los menores durante su internamiento, pueden ser recurridas también por su Letrado Defensor (Art.60).

## **2. La actuación del Abogado Defensor del menor en México conforme a la LTMI**

El Abogado Defensor en la LTMI también es una de las figuras más importantes dentro del procedimiento que se les instruye a los menores infractores. En efecto, el Abogado Defensor pertenece a la Unidad de Defensa de Menores<sup>794</sup>, la cual tiene como funciones la de representar y asistir legalmente al menor infractor ante las autoridades del consejo, con la asesoría debida, salvaguardando los intereses jurídicos del mismo, de acuerdo a lo establecido por la LTMI y Constitución Política (Art. 20, apartado A, fracción IX).

La funciones de defensa de los menores se señalan conforme a: 1) defensa general, cuyo objeto es defender y asistir a los menores, en los casos de violación de sus derechos en el ámbito de la prevención general; 2) defensa procesal, cuyo objeto es la asistencia y defensa de los menores, en cada una de las etapas procesales; 3) la defensa de los derechos de los menores en las fases de tratamiento y seguimiento, cuyo objeto es la asistencia y defensa jurídica de los menores durante la etapa de cumplimiento de las medidas impuestas y fase de seguimiento de éstas (Art.32).

---

<sup>793</sup> La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modificó el apartado 2, del artículo 52 de la LORRPEME, en el sentido de que si el Juez de menores admitiese a trámite el recurso, el secretario judicial, recabará informe del Ministerio Fiscal y, previa audiencia del Letrado del menor, aquél resolverá el recurso en el plazo de dos días, mediante auto motivado. Contra este auto cabrá recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la presente Ley.

<sup>794</sup> Dicha Unidad es técnicamente autónoma y tiene por objeto, en el ámbito de la prevención general y especial, la defensa de los intereses legítimos y de los derechos de los menores, ante el consejo o cualquier otra autoridad administrativa o judicial en materia federal y en el Distrito Federal en materia común (Art. 30).

Hemos visto que conforme a la LTMI el procedimiento instruido a los menores infractores se encuentra dividido en nueve etapas las cuales ya hemos referido, sin embargo, para el estudio de la actuación del Abogado Defensor dentro del mismo, lo dividiremos nuevamente en cuatro etapas más una de recursos.

## **2.1. Primera etapa. De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado**

Cuando el Ministerio Público tome conocimiento de cualquier hecho en que se vea involucrado un menor por haber infringido las leyes penales<sup>795</sup>, debe de inmediato ponerlo a disposición de la Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores (Art. 46). El Comisionado en turno se encarga de practicar las diligencias necesarias para acreditar la participación del menor en la comisión de la infracción, dentro de las cuales se encuentran las de tomar la declaración al menor ante la presencia de su Abogado Defensor<sup>796</sup>; recibir pruebas, testimonios; dar fe de hechos, instrumentos, objetos y productos de la infracción, etc; (Art. 35); pudiendo decretar la libertad provisional del menor, o la remisión de éste y/o actuaciones al Consejo de Menores dentro de las veinticuatro horas siguientes, en que haya tomado conocimiento de los hechos (Art. 46).

Aunque la LTMI no refiere nada en específico respecto a la participación del Abogado Defensor, cuando el menor se encuentra ante la presencia del Ministerio Público, consideramos que éste puede intervenir en cualquier circunstancia, incluyendo ese

---

<sup>795</sup> El derecho de defensa de los menores se ve afectado ya que la LTMI no es clara en determinar de manera expresa, la intervención del Abogado Defensor durante las actuaciones realizadas por el Ministerio Público, que ha tomado conocimiento en primer momento de la conducta infractora que se le está atribuyendo al menor.

<sup>796</sup> En caso de que el menor o sus representantes legales o encargados no designen un Defensor particular, el Consejo de Menores le nombrará uno de oficio, quien deberá asistirlo durante todas las etapas del procedimiento, estando obligado a su vez a realizar la defensa de los intereses del menor y de sus derechos ante el consejo. Cfr. **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**, *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., pág. 32

momento<sup>797</sup> (Art. 30), intervención indudable ante la presencia del Comisionado como lo marca la misma Ley, toda vez que ante éste se desahogan diligencias de suma relevancia como la toma de declaración o presentación de pruebas de descargo (Art. 35), amén de que dentro de las funciones de defensa está precisamente la asistencia y defensa de los menores, en cada una de las etapas procesales (Art. 32).

En efecto, una vez que se inicia el procedimiento ante el consejo, el menor tiene derecho a nombrar, a sus expensas, por sí o por sus representantes legales o sus encargados, a un Licenciado en derecho de su confianza, quien debe estar legalmente facultado para el ejercicio de su profesión, a fin de que se encargue de brindarle asistencia jurídica durante todo el procedimiento, así como en el cumplimiento de las medidas aplicadas (Art. 36, fracción III). El Defensor particular para tomar la defensa del menor, debe realizar las siguientes actividades: presentarse en la Sala Superior del Consejo de Menores, con la finalidad de registrar su cédula profesional en el libro denominado “Cédula de Control de Registro de Abogados Particulares”, en el cual debe anotar los datos siguientes: nombre completo; domicilio particular, de oficina, y números telefónicos; firma; institución que expidió el título profesional; fecha de expedición de cédula profesional; número de cédula profesional y copia de la misma; nombre y firma del registrador; número del Consejero Unitario; nombre del menor sujeto a procedimiento; fecha de ingreso; número de expediente. Cubiertos los requisitos anteriores se le asigna un número de registro que debe incluir en todas las promociones que realice ante el Consejo de Menores<sup>798</sup>

Si no se ha nombrado Abogado Defensor particular en el legal ejercicio de la profesión, se asigna de oficio un Abogado Defensor de menores, para que asista jurídica y gratuitamente al menor infractor, desde que quede a disposición del Comisionado y en las diversas etapas del procedimiento ante los órganos del consejo, así como en el

---

<sup>797</sup> Uno de los principales objetos de la defensa es el de proteger los intereses legítimos y derechos de los menores ante el consejo, o cualquier otra autoridad administrativa o judicial en materia federal, y en el Distrito Federal en materia común.

<sup>798</sup> Ibidem; op. cit., págs. 31-32.



cumplimiento de las medidas aplicadas ya sean de orientación, protección, o tratamiento interno o externo (Art. 36, fracción IV).

## **2.2. Segunda etapa. De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial**

Recibidas las actuaciones del Comisionado, el Consejero Unitario radica el asunto, abre expediente, y practica las diligencias necesarias para esclarecer los hechos (Arts. 47 y 48).

Por lo que respecta a la participación del menor infractor dentro del procedimiento, debe gozar de un trato humano y respetuoso considerando para ello su edad y condiciones personales, además de reconocérsele las garantías siguientes: tiene la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la infracción mientras no se compruebe plenamente su participación en la misma; se debe dar aviso de inmediato de su situación a sus representantes legales o encargados cuando se conozca su domicilio; tiene derecho a designar a su costa, por sí o por sus representantes legales o encargados, a un Licenciado en derecho; en caso de no designar a un Licenciado en derecho de su confianza en ejercicio legal de su profesión, se le debe designar un Defensor de menores; ya que se encuentre a disposición del Consejo de Menores y dentro de las veinticuatro horas siguientes, debe hacérsele saber en forma clara y sencilla, en presencia de su Defensor lo siguiente: el nombre de la persona o personas que hayan declarado en su contra; la naturaleza y causa de la infracción que se le atribuya; en este mismo acto, debe rendir su declaración inicial; en su caso se le debe hacer saber el derecho que tiene a no declarar; se le deben recibir los testimonios y demás pruebas que ofrezca relacionadas con el caso, prestándole auxilio para obtener la comparecencia de los testigos y para recabar los elementos de convicción que se estimen necesarios para el esclarecimiento de los hechos; debe ser careado con la persona o personas que hayan declarado en su contra; se le deben facilitar todos los datos que necesite

y que tengan relación con los hechos que se le atribuyan, derivados de la constancias del expediente<sup>799</sup> (Art. 36).

Posteriormente, se dicta la resolución inicial dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, el cual puede ampliarse por otras cuarenta y ocho, cuando así lo solicita el menor o su Abogado Defensor. Cabe señalar que el plazo que regula la LTMI para resolver la situación jurídica del menor es de cuarenta y ocho horas, después de haber sido puesto a disposición del Consejero, pudiéndose ampliar dicho plazo por otras cuarenta y ocho horas (Art. 36, fracciones IX y X); situación que atenta gravemente contra las garantías Constitucionales que establece que ninguna detención podrá exceder de tres días, esto es setenta y dos horas como máximo. Pero la LTMI establece que: “Ningún menor podrá ser retenido por los órganos del Consejo de Menores por más de cuarenta y ocho horas, sin que se justifique dicha retención mediante la resolución inicial, misma que deberá estar debidamente fundada y motivada, excepto en el caso en que exista ampliación del término solicitado por el menor, o por los encargados de su defensa, lapso que no deberá ser mayor de cuarenta y ocho horas”<sup>800</sup>.

En la resolución inicial se determina si el menor, es, o no, sujeto a procedimiento (Art. 37). Cabe referir que si se determina sujetar al menor a procedimiento y este cuenta con Abogado Defensor particular, en la práctica el Consejo de Menores lo deja bajo la guarda y custodia del mismo, sin importar que el menor tenga padres o tutores.

Esta es una de las cuestiones que consideramos impropias de la Ley, debiéndose regular de manera diferente las obligaciones y facultades del Defensor dentro de la misma, encuadrándose sólo lo que respecta a la prestación de los servicios profesionales de éste, toda vez que el Abogado Defensor, particular o no, únicamente debe estar obligado a llevar la defensa y brindar su asistencia legal al menor, más no ha hacerse cargo de él.

---

<sup>799</sup> Ibidem; op. cit., págs. 34-36.

<sup>800</sup> Ibidem; op. cit., pág. 39.

El procedimiento puede ser suspendido de oficio cuando después de transcurridos tres meses de la fecha en que quede radicado el asunto, no sea localizado o presentado el menor ante el Consejero Unitario; cuando el menor se sustraiga de la acción de los órganos del consejo y; cuando el menor se encuentre temporalmente suspendido física o psíquicamente, de tal manera que se imposibilite la continuación del procedimiento (Art. 73). La suspensión del procedimiento puede ser solicitada por el Abogado Defensor, en el caso en que el menor se encuentre impedido temporalmente física o psíquicamente, siendo decretada por el órgano del consejo que este conociendo (Art. 74). Cuando haya desaparecido la causa de suspensión del procedimiento, el órgano que corresponda de oficio o a petición del Abogado Defensor, decreta la continuación del mismo (Art. 75).

### **2.3. Tercera etapa. De la instrucción a la resolución definitiva**

Una vez sujeto el menor a procedimiento, se abre la instrucción<sup>801</sup>. El plazo de dicha etapa es de quince días hábiles para su desarrollo<sup>802</sup> (Art. 51), practicándose en ella los estudios que conducen al diagnóstico biopsicosocial y al dictamen técnico correspondiente<sup>803</sup> (Art. 38). Si el menor se encuentra bajo la guarda y custodia de sus

---

<sup>801</sup> Cabe mencionar que en el Art. 20 de la Constitución Política mexicana, se consagra la garantía a favor del procesado mediante la cual se inicia la instrucción, esto es, que en todo juicio del orden criminal el acusado tendrá conocimiento dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la consignación, y en audiencia pública, del nombre de su acusador, la naturaleza y causa de la acusación, y la obligación de la autoridad para que le sea tomada su declaración preparatoria.

<sup>802</sup> “Sin embargo, el procedimiento que aparentemente se desahoga en 15 días, suele prolongarse por el diferimiento de las audiencias cuyas pruebas, derivado de la complejidad del asunto, no pueden diligenciarse oportunamente. Pese a ello, la instrucción, que inicia con la puesta a disposición del menor ante el Consejero Unitario, se señalan 5 días para que las partes ofrezcan pruebas, más otros 10 para el desahogo de las mismas; fecha en la que como todo procedimiento sumario, una vez desahogadas las pruebas, formulados los alegatos, y recibido el dictamen técnico, se cerrará la instrucción, para que en los siguientes 5 días, la autoridad emita su resolución definitiva”; **MARTELL GÓMEZ**, *Análisis penal del menor...*, op. cit., pág. 24.

<sup>803</sup> El hecho de que en la resolución inicial se determine que el menor sea sujeto a procedimiento conlleva a la realización de los estudios del diagnóstico biopsicosocial y al dictamen técnico elaborado por el Comité Técnico Interdisciplinario, mismo que sirve para que el Consejero Unitario pueda determinar qué medida debe aplicarse al caso; sin embargo, en esta etapa aún no se ha acreditado la comisión de la infracción ni la participación del menor en ésta, y sometiendo al menor a dichos estudios se está dando por sentado que el menor es responsable de dicha comisión, a pesar de que aún no se dicta la resolución definitiva, con lo que se está atentando contra los principios de presunción de inocencia, del debido proceso, de defensa, entre otros, como más adelante lo expondremos.

legítimos representantes o sus encargados, éstos en coordinación con el Abogado Defensor tienen la obligación de presentarlo en el lugar, día y hora indicados, para la realización de los estudios de diagnóstico<sup>804</sup> (Art. 92).

El Abogado Defensor tiene cinco días hábiles a partir de la notificación de la resolución inicial para ofrecer las pruebas<sup>805</sup> correspondientes, las cuales serán por escrito (Art. 52), siendo admisibles todos los medios de prueba, excepto los que de manera expresa prohíbe el Código Federal de Procedimientos Penales<sup>806</sup> (Arts. 45 y 55). El Abogado Defensor del menor tiene participación en la ampliación o práctica de diligencias probatorias (Art. 56). El Consejero por su parte, recaba pruebas y acuerda diligencias para avanzar en la investigación (Art. 52). La audiencia de pruebas y alegatos se celebra dentro de los diez días hábiles de haberse presentado éstos, realizándose en una sola sesión, y si ésta no termina puede continuarse al día siguiente (Art. 53). Al final de la sesión el Abogado Defensor cuenta con treinta minutos para exponer verbalmente sus alegatos, que presentará por escrito (Art. 54).

Aquí se presenta un problema, ya que siguiendo la Ley, al realizarse la formulación de alegatos de manera verbal, debiéndose hacer ello en una sola audiencia o en su continuación, resulta insuficiente media hora para exponerlos, ya que se requiere de un lapso mayor para realizar los razonamientos lógico-jurídicos que entraña la elaboración de los alegatos. Asimismo, si se realizan los alegatos de manera escrita, la posibilidad de

---

<sup>804</sup> Como lo referíamos anteriormente, no debiese encontrarse regulada la obligación del Abogado Defensor de presentar al menor para la realización de los estudios de diagnóstico, ya que por ello están a cargo de dicho menor, siendo responsables del mismo, los representantes legales o encargados.

<sup>805</sup> Las pruebas pueden recaer sobre personas, si con ello se trata de determinar sus condiciones psíquicas o somáticas; sobre cosas, cuando se trata de acreditar modalidades referidas a ellas; sobre lugares, si es la finalidad precisar sus características; y sobre documentos, si lo que se persigue es determinar su autenticidad o calidad jurídica. Cfr. **GONZÁLEZ BLANCO**, *El procedimiento penal mexicano*; Editorial Porrúa, México, 1975; págs. 153-154.

<sup>806</sup> El Código Federal de Procedimientos Penales refiere en su artículo 206, que se admitirá como prueba en los términos del artículo 20, fracción V, de la Constitución Política de México, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el derecho, a juicio del Juez o tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario, podrá por algún otro medio de prueba establecer su autenticidad. Las pruebas que pueden ofrecerse son la confesional, pericial, testimonial, documental, inspección ocular, confrontación, entre otros.

formularlos debidamente sustentados, es prácticamente imposible, ya que no existe el tiempo necesario para ello, puesto que tienen que ser escritos inmediatamente después del desahogo de la última prueba, lo cual en treinta minutos no es factible realizar. Ello va en contra de las garantías procesales, ya que comparando con los juicios penales instaurados a los adultos, los procesados, por consecuencia su defensa, cuentan con la posibilidad de formular las conclusiones respectivas en quince días, al igual que la representación social (Ministerio Público), teniendo así el suficiente tiempo para elaborarlos adecuadamente, siendo que en el plazo fijado por la LTMI, no es factible la formulación de los alegatos debidamente sustentados.

El acceso al público en las diligencias celebradas ante los órganos del Consejo de Menores no está permitido, y a ellas solo asistirán el Abogado Defensor del menor, entre otros (Art. 41), como ya indicamos supra.

Desahogadas todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, queda cerrada la instrucción (Art. 54).

#### **2.4. Cuarta etapa. De la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento**

Celebrada la audiencia de pruebas y alegatos y cerrada la instrucción, el Consejero tiene como máximo cinco días para dictar la resolución definitiva, debiéndose notificarse de inmediato al menor y su Abogado Defensor (Art. 54). Para la formulación de la resolución definitiva, el Consejero debe valorar todos los elementos de prueba existentes, de conformidad a las reglas siguientes: las actuaciones practicadas por el Ministerio Público y Comisionado en la fase inicial del procedimiento, hacen prueba plena por lo que respecta a la comprobación de los elementos de la infracción, y la aceptación del menor de los hechos imputados por sí sola y la recibida sin la presencia de su Abogado Defensor, no produce ningún efecto; las actuaciones y diligencias practicadas por los órganos del consejo hacen prueba plena; los documentos públicos tienen valor probatorio pleno en lo que hace a

los hechos afirmados por el funcionario público que los emita; el valor de la prueba testimonial y pericial, al igual que los demás elementos de convicción queda a la prudente apreciación del consejo o consejeros del conocimiento (Art. 57). También las reglas de la lógica jurídica y las máximas de la experiencia, obligan a los órganos del Consejo de Menores a motivar y fundamentar la valoración (Art.58).

La resolución definitiva debe contener entre otros aspectos la relación sucinta de los hechos; valoración de pruebas; y considerandos debidamente fundados y motivados, pudiéndose dictar la resolución en dos sentidos: 1) ordenándose la medida a aplicar, basándose en el dictamen técnico, si se acredita la existencia de la infracción y la participación del menor<sup>807</sup>; 2) ordenar la entrega del menor a sus representantes legales, o institución de asistencia de menores a falta de éstos, si no se acredita la existencia de la infracción o la participación del menor en los hechos (Art. 59).

Las medidas que pueden aplicarse son de orientación, protección y tratamiento. Las medidas de orientación y protección, tienen como finalidad evitar la reincidencia del menor en su conducta infractora (Art. 96). Las medidas de tratamiento, tienen como objeto conseguir la autoestima del menor, a través de la modificación de factores negativos de su estructura biopsicosocial; promover la estructura de valores y hábitos; reforzar el respeto a las normas; y fomentar los sentimientos de solidaridad (Art. 111). El tratamiento puede ser interno, no pudiendo ser mayor de cinco años, o externo con un máximo de aplicación de un año (Art. 119).

---

<sup>807</sup> Respecto al hecho de la aplicación de las medidas a imponer cuando se acredita la participación del menor en la comisión de la infracción presenta diversas contrariedades, ya que muchas veces se impone la misma medida a un menor que ha cometido un homicidio como a un menor que cometió un robo, o siendo a veces peor al aplicarse una medida más severa al menor que robó que al que mató, atentándose con ello gravemente contra el principio de proporcionalidad, amén de no fijarse el tiempo exacto de cumplimiento de la medida, ya que si bien existe un límite fijado por la misma LTMI, el cual no debe exceder de cinco años tratándose de tratamiento interno o de uno tratándose de tratamiento externo, no se fija cual será el tiempo exacto a cumplirse, lo que atenta contra la seguridad jurídica y por consiguiente contra el derecho de defensa como en su momento lo trataremos.

La Unidad encargada de la Prevención y Tratamiento de Menores, a los seis meses de iniciado el cumplimiento de la medida, debe rendir un informe detallado sobre el desarrollo y avance de la misma, y con base en éste, el Comité Técnico Interdisciplinario emite un dictamen para el Consejero Unitario, quien al haberlo valorado puede modificarla, mantenerla, u ordenar la liberación del menor (Art. 61). Los informes que se rinden con posterioridad al primero deben efectuarse cada tres meses (Art. 62).

Las causas de conclusión anticipada del procedimiento pueden ser por sobreseimiento, por casos de muerte del menor, trastorno mental, caducidad<sup>808</sup>, modificación de la medida, u orden de liberación del menor emitida por el Consejero Unitario, en virtud de la evaluación elaborada de ésta, lo que también concluye el procedimiento. Asimismo, la determinación de la no existencia de la infracción o falta de participación del menor, en la resolución definitiva del Consejero Unitario puede hacer que el procedimiento concluya en su momento procesal. El Abogado Defensor tiene derecho a apelar las resoluciones que emita el Consejero Unitario, entre ellas las relacionadas con la conclusión anticipada del procedimiento, ante la Sala Superior del Consejo Tutelar, quien al resolver el recurso suple las deficiencias en la expresión de agravios, cuando es promovido por éste (Art. 68).

Si el Consejero Unitario determina la imposición de la medida, el procedimiento termina hasta que el tratamiento se considere concluido y se haya realizado el seguimiento técnico ulterior a cargo de la Unidad Administrativa de Prevención y Tratamiento del Menor (Art. 120), el cual tiene una duración de seis meses a partir de la conclusión del tratamiento (Art. 121).

Con relación a la reparación del daño derivada de la comisión de las infracciones, ésta puede solicitarse ante el Consejero Unitario por sus afectados o representantes legales (Art. 86), debiéndose correr traslado de dicha solicitud al Abogado Defensor del menor.

---

<sup>808</sup> La caducidad surte efectos aunque no la alegue como excepción el Abogado Defensor, para lo cual la Sala Superior del Consejo de Menores y los consejeros unitarios están obligados a sobreseer de oficio, tan pronto como tengan conocimiento de la caducidad, independientemente del estado del procedimiento (Art. 81)

Asimismo, se cita a las partes, entre ellas al Abogado Defensor, para la celebración de la audiencia de conciliación, la cual se efectúa dentro de los cinco días siguientes. En la audiencia se propondrán alternativas para convenir respecto a la reparación del daño; pudiendo llegar a algún acuerdo las partes, o no pudiéndolo hacer, para lo cual se deja a salvo los derechos del afectado, a efecto de que los haga valer ante los tribunales civiles en la vía y términos que a sus intereses convenga (Art. 87).

## **2.5. Recursos**

La LTMI establece como único medio de impugnación el recurso de apelación, cuyo objeto es modificar o revocar la resolución inicial, la resolución final, la resolución que modifique el tratamiento interno, la resolución mediante la cual se determine concluir el tratamiento interno (Arts. 63 y 64). Siendo improcedente en los casos de que exista conformidad expresa con la resolución, o cuando no se interponga en tiempo, por mencionar algunos supuestos (Art. 65).

El Abogado Defensor del menor es uno de los facultados para presentar el recurso de apelación (Art. 67). Éste se interpone por escrito, haciéndose constar los agravios causados por la resolución impugnada<sup>809</sup>, debiéndose presentar dentro del término de tres días, contados a partir de la notificación del acto a impugnar (Art. 69), ante el Consejero Unitario correspondiente, quien lo envía a la Sala Superior de inmediato (Art.71).

El recurso de apelación interpuesto contra la resolución inicial se resuelve dentro de los tres días siguientes a su admisión, y dentro de los cinco días siguientes cuando sea interpuesto contra la resolución definitiva, o contra aquella que modifique, o dé por terminado el tratamiento interno. El Abogado Defensor debe ser oído durante la única audiencia a celebrarse con motivo de la substanciación del recurso. La resolución debe

---

<sup>809</sup> La Sala Superior debe suplir las deficiencias en la expresión de agravios cuando el recurrente sea el Abogado Defensor, los legítimos representantes, o los encargados del menor. (Art. 68)



engrosarse en un plazo de tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia, y realizado ello se notifica la misma al Abogado Defensor y demás partes, remitiéndose el expediente al órgano que dictó la resolución impugnada (Art. 70).

La resolución del recurso de apelación puede ser sobreseyéndolo por alguna de las causas establecidas por la Ley para tal fin; confirmando la resolución recurrida; modificando la resolución recurrida; revocando la resolución impugnada para el efecto de que se reponga el procedimiento; revocando de manera lisa y llana la resolución, materia del recurso (Art. 72).

Las resoluciones que emita la Sala Superior con relación a los recursos de apelación interpuestos ante ella, no serán recurribles (Art. 66); sin embargo, al no existir otro recurso ordinario procede el juicio de amparo indirecto ante los Tribunales Colegiados de Circuito<sup>810</sup>.

---

<sup>810</sup> Ello con fundamento en los artículos 107, fracción IV, inciso a), de la Constitución Política; 44 y 15 de la Ley de Amparo; y 44, fracción I, inciso a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y conforme a la jurisprudencia sustentada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.



## *CAPITULO IV*

*Aspectos conflictivos de las actuaciones del  
Ministerio Fiscal, Comisionado y Letrado  
Defensor, observados en las leyes  
reguladoras de las conductas infractoras de  
menores en España y México*



## **I. MINISTERIO FISCAL Y COMISIONADO**

### **1. Aspectos conflictivos de las actuaciones del Ministerio Fiscal observados en la LORRPEME**

Uno de los principales objetivos que se buscaban al elaborarse la LORRPEME, era el establecimiento de un proceso penal para los menores, en el que se les reconociera todas las garantías procesales de las que todo individuo debe gozar<sup>811</sup>. Con el fin de alcanzar dicho objetivo, la LORRPEME le otorga al Ministerio Fiscal un carácter multifuncional, impulsando con ello las facultades que ya le habían sido atribuidas desde la anterior Ley reguladora de la conducta infractora de menores y que ahora son reiteradas en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre<sup>812</sup>. Sin embargo, dentro de esas facultades y funciones otorgadas a tal funcionario, se observan algunas que pudiesen afectar al menor, e ir en contra del tan proclamado y procurado interés superior, mismas que no sólo afectan a los diversos principios rectores básicos y procesales relacionados con el actuar de esa figura, sino que además pueden situar al menor en un estado de indefensión, amén de atentar contra las garantías procesales reconocidas por las diversas legislaciones de carácter tanto nacional como internacional.

Esto es, que conforme se vaya desarrollando la actuación del Ministerio Fiscal en el procedimiento instaurado en casos de menores infractores, y en virtud de cómo se

---

<sup>811</sup> El proceso de menores es un proceso penal y, como tal, debe ser respetuoso con las garantías y derechos que proclaman la Constitución y textos internacionales suscritos por España, y la interpretación que de ellos hacen el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional ha señalado netamente que el procedimiento tiene naturaleza penal, aunque no sean las medidas que se adopten, pues se adoptan como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y que pueden conllevar consecuencias asimilables a la restricción de la libertad de los mayores (Sentencia Tribunal Constitucional 36/91). V. **ALVAREZ ALARCÓN**, “El enjuiciamiento penal de los...”, op. cit., pág. 305.

<sup>812</sup> Para **PÉREZ MACHÍO**, la reciente aprobación de la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORRPEME, implica un cambio efectivo en el panorama actual en el que se desarrolla la aplicación de la misma, y supone al mismo tiempo una forma distinta en muchas de las cuestiones abordadas por la nueva normativa, de entender el concepto de menor infractor. V. **PÉREZ MACHÍO**, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 15.

encuentra regulada ésta en la LORRPEME, podemos observar algunas contradicciones, confusiones, omisiones y falta de la claridad en ella, que nos llevará a la presencia de diversos aspectos conflictivos relacionados con su proceder, los cuales referiremos y explicaremos a continuación, a la vez que plantearemos algunas posibles soluciones respecto a los mismos. Cabe señalar que algunos aspectos conflictivos de la actuación de la autoridad instructora, -que en los casos de los menores infractores es el Ministerio Fiscal, ya que en los procedimientos seguidos a los adultos instruye el Juez Instructor- han sido subsanados en cierta forma por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, de los cuales haremos referencia a la vez.

### **1.1. La actuación como asistente del menor al momento de rendir su declaración**

(Artículos 17 y 22 de la LORRPEME)

Este supuesto lo ubicamos dentro de la fase de instrucción o investigación. La asistencia o defensa constituye una garantía procesal fundamental, y ésta justifica la presencia y actuación del Letrado Defensor en todas las fases del proceso, en este caso el instaurado en los asuntos de menores infractores, la cual además significa un medio más de protección para el mismo. Sin embargo, existen ciertas confusiones en la LORRPEME, respecto al momento en el que el menor debe empezar a hacer valer el derecho de defensa, así como quién es el encargado de ejercerlo.

En efecto, el artículo 22 de la LORRPEME refiere los derechos del menor, dentro de los que se encuentra el designar Letrado que le defienda o que le sea designado de oficio, y entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. Habrá que observar que este derecho se contempla desde el momento de la incoación del expediente, formándose así la confusión y el cuestionamiento de si el menor gozará de dicho derecho desde su detención, o al momento de la exploración previa, ya sea por parte

de la Policía Judicial o por el Ministerio Fiscal, considerando que en estos supuestos, aún no se ha incoado dicho expediente<sup>813</sup>

En el caso de detención, el artículo 17 de la Ley citada, refiere que las autoridades y funcionarios que intervengan en ella, están obligados a informar al menor de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos por el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>814</sup>. A su vez, alude que toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su Letrado Defensor y de aquellos 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. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente (art. 17.2 LORPEME)<sup>815</sup>.

---

<sup>813</sup> Teniendo en cuenta los ordenamientos legales supletorios en la aplicación de los casos de menores como son la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Convención sobre Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de su Libertad, desde el momento en que un menor sea considerado como probable responsable de los hechos que se le imputen, éste deberá gozar de todas las garantías procesales consagradas en el ámbito de los mayores, como es el derecho de defensa. Sin embargo, este aspecto lo trataremos más a fondo en la parte relacionada con el actuar del Letrado Defensor y los aspectos conflictivos observados en la Ley que nos ocupa, respecto al mismo.

<sup>814</sup> Dentro de los derechos contemplados por dicho cuerpo legal, está el derecho a designar Letrado Defensor, y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración, e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Letrado Defensor, se procederá a la designación de oficio. Si se tratase de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, notificará las circunstancias del apartado 2 d), a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, y si no fueran hallados, se dará cuenta de ello inmediatamente al Ministerio Fiscal.

<sup>815</sup> Este es uno de los artículos más pintorescos de la Ley. Se trata piénsese de una previsión única y exclusivamente aplicable a la detención policial. Resultaría imprescindible que en la declaración del menor, ya en la sede de la Fiscalía, además del Fiscal que toma la declaración, exista otro Fiscal supervisando la actuación del primero, situación no sólo absurda desde un punto de vista legal, sino en la práctica ciertamente hilarante. El Ministerio Fiscal es un órgano Constitucional sometido por el artículo 2 de su Estatuto Orgánico al principio de unidad de actuación, sin que pueda entenderse cómo un mismo órgano puede adoptar en un proceso posturas enfrentadas. Si no ha sido posible la presencia de los representantes legales del menor en la sede de la Fiscalía, esta representación deberá ser asumida por la Entidad Pública de Protección de Menores, como guardador de hecho provisional del menor, tomándose en cuenta que este menor posiblemente sea entregado a la misma cuando finalice la diligencia de declaración ante el Ministerio Fiscal, dado que no han sido localizados sus padres o representantes legales. En la práctica cuando los representantes legales del menor no aparecen, lo más lógico es que se prescinda de la declaración del menor ante la policía y ésta declaración le sea tomada por el Ministerio Fiscal en su sede, en calidad de detenido dentro del plazo legal o una vez en libertad cuando sea citado. V. **GÓMEZ RECIO**, “Medidas cautelares en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I.2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 614-615. Cabe señalar que el Reglamento de la LORPEME aprobado por el

Sobre el particular, dicho precepto legal señala la excepción de la presencia de los que ejerzan la patria potestad, tutela, o guarda del menor, de hecho o de derecho, cuando las circunstancias aconsejen lo contrario<sup>816</sup>. A falta de la presencia de estas personas, el legislador ha optado por la presencia del Ministerio Fiscal distinto al instructor del expediente<sup>817</sup>. Al respecto, existen opiniones diferentes con relación a que sean dos Fiscales, aunque sean diferentes (el que instruye el expediente, y el que asistirá o acompañará al menor en sustitución de las personas referidas por la Ley), quienes deban estar presentes al momento de rendirse la declaración del menor, así como respecto a la idoneidad de que sea la figura del Ministerio Fiscal, quien en sustitución de las personas referidas sea el que esté presente en este supuesto.

En efecto, ORNOSA FERNÁNDEZ considera lógico lo establecido en el supuesto que nos ocupa, refiriendo: “En todos estos casos, en defecto de la presencia de estas personas, el artículo 17.2 LORRPM, establece la necesaria presencia del Ministerio Fiscal, y expresamente regula que estará representado por persona distinta del instructor del expediente, lo cual es algo muy positivo, puesto que se diferencia totalmente lo que es la asistencia del Ministerio Fiscal, dentro de sus funciones de protección de los derechos del menor, que legalmente le están asignadas, y las funciones del carácter penal que suponen la instrucción del expediente y la formulación de la acusación, en su caso”<sup>818</sup>.

---

Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio, en su artículo 3 apartado 2, reitera la misma regulación del artículo 17.2 de la LORRPEME.

<sup>816</sup> Ejemplo de ello sería cuando existan situaciones de conflictividad familiar, o que incluso estas personas sean las mismas víctimas del delito cometido por el menor, o bien, que no puedan ser localizadas en el momento.

<sup>817</sup> “Siguiendo el criterio de la Instrucción 2/2002 de la FGE, un Fiscal distinto del Instructor del expediente, asiste a la declaración del menor ante el Fiscal Instructor del expediente. Este Fiscal suele ser uno de los que se encuentra en servicio general de guardia en Fiscalía. En la declaración policial, se puede tratar de que el menor detenido sea trasladado a la sede de la Fiscalía, asumiendo el Fiscal instructor la dirección de la investigación en los términos que para los Jueces de Instrucción se prevé por los artículos 286 y 318 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin embargo, en supuestos de detención en días festivos en que sólo hay un Fiscal en servicio de guardia, se ha optado porque este Fiscal asista al menor en su declaración ante la Comisaría en los términos del artículo 17.2 de la LORRPEME”, **HUETE PÉREZ**, “Problemas prácticos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000. Organización y reparto de asuntos”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 736.

<sup>818</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 238. Esa misma autora expone que la solución ofrecida es acertada porque a pesar de que el Ministerio Fiscal pueda tener en una sola persona ambas funciones, resulta extraño y contrario a la lógica, empezando por lo que podría pensar el propio menor,



Por su parte, CEZÓN GONZÁLEZ refiere: “La exigencia de que, cuando el Ministerio Fiscal presencia la declaración del menor sin la asistencia de sus padres, tutores, o guardadores (en cualquier caso, no solo por juzgarse la misma inconveniente), sea el Fiscal representado, por persona distinta del instructor del expediente, puede considerarse una extraviada exageración de observancia de garantías. Si conforme al artículo 6, corresponde al Ministerio Fiscal tanto la defensa de los derechos del menor, como la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cuál dirigirá personalmente la investigación de los hechos, no se entiende la necesidad de esa representación distinta del Fiscal para la diligencia en cuestión, cuando los representantes legales o guardadores no presencien la declaración policial del menor detenido. El precepto no prohíbe que el Fiscal instructor del expediente asista al interrogatorio policial, pero determina que, si no asisten los representantes legales o guardadores, y el Fiscal instructor quiere asistir, presencien la diligencia dos Fiscales, escindiéndose la función de defensa de los derechos del menor y la de investigación, que se reunirán, luego, en el curso de la instrucción, en un solo miembro del Ministerio Fiscal. Otra cosa es, que esa doble función en manos de quien va a poder ser único promotor de la acción jurisdiccional, sea más propia de un derecho correccional y tuitivo de menores, que de un verdadero derecho penal juvenil, pero ha sido la opción elegida por el legislador en el artículo 6”<sup>819</sup>.

A su vez, DOLZ LAGO expone: “Parece absurdo que si el Fiscal es el instructor del expediente, vaya a comparecer en una dependencia policial otro Fiscal para asistir a un menor detenido, en una exploración, que debería hacer el propio Fiscal. Igualmente, más absurdo será que un Fiscal asista a un menor detenido, mientras otro Fiscal lo explora, tratándose de una institución, como el Ministerio Fiscal, que se rige por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Dado que no es tan imprescindible la presencia de la representación del menor en la exploración, cuando la misma Ley prevé su ausencia (cuando las circunstancias aconsejen lo contrario, art. 17.2 LORRPEME), creemos

---

el que la misma persona que le esta protegiendo sea la que le acusa y solicita para él una determinada medida cautelar o definitiva. V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “Las medidas cautelares en el procedimiento penal de menores...”, op. cit., pág. 840.

<sup>819</sup> **CEZÓN GONZÁLEZ**, *La nueva Ley orgánica reguladora...*, op. cit., pág. 82.

que podía haberse otorgado cualidad de representante del menor al Letrado Defensor, ya que el art. 788.3 de la LECRIM permite la representación procesal por el Abogado, o dotar de la calidad de representante a la Entidad Pública que, en definitiva, en virtud del art. 172 del Código Civil, le corresponde esa representación, cuando existe desamparo, como sería el caso”<sup>820</sup>.

Por lo tanto, se presenta la confusión del por qué el legislador ha facultado al Ministerio Fiscal para que sea quien esté presente en sustitución de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor; y que éste sea distinto al que instruye el expediente, al momento de que el menor rinda su declaración<sup>821</sup>. Pensamos que la justificación de que se haya facultado a dicho funcionario, es con el afán de procurar las funciones de protección de los derechos del menor que legalmente le han sido asignadas al mismo, cumpliendo a su vez las funciones de investigación de carácter penal, que suponen la instrucción del expediente<sup>822</sup>, como bien señala ORNOSA FERNÁNDEZ, pero, por otra parte, como alude CEZÓN GONZÁLEZ, no se entiende la necesidad de esa representación

---

<sup>820</sup> **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor...*, op. cit., págs. 132-133.

<sup>821</sup> La solución por la que ha optado el legislador no parece la más adecuada y supone desconocimiento de la función Constitucional y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El precepto obliga a que siempre que no estén presentes los representantes legales, o no sea conveniente que asistan, se lleve a cabo la declaración ante un Fiscal distinto del instructor. Así pues se pasa por alto que el artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, obliga a todos ellos a ejercer la función que les encomienda el artículo 124 Constitucional, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, y con sujeción en todo caso a los de legalidad e imparcialidad. Si la pretensión del legislador es que cuando se ponga a disposición del Fiscal instructor y el otro Fiscal este presente en la declaración en lugar de los representantes legales, al tener que actuar ambos conforme al principio de unidad de actuación, cuesta imaginar que sentido tiene que haya dos fiscales, cuando los dos tienen que desempeñar la misma función Constitucional. Hubiera sido más coherente disponer que en los casos en que no sea posible la asistencia de los representantes legales, se pusiera en conocimiento de la Entidad Pública de Protección de Menores tal situación, y personal de ésta estuviera presente en dicha declaración, sobre todo si se toma en cuenta que si el menor es puesto en libertad en estas condiciones, ha de ser entregado a dicha Entidad, o simplemente entender que basta con la preceptiva asistencia del Letrado Defensor. Cfr. **LASTRA DE INÉS**, “La fase de investigación. La actuación instructora, Las soluciones extrajudiciales”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 220.

<sup>822</sup> Expresamente se atribuye al Ministerio Fiscal además de la instrucción, la salvaguarda de los derechos del menor, por tal razón, pese a que pudiera en cierto sentido considerarse contradictorio, la atribución al órgano instructor de la función de salvaguarda de los derechos de la persona sometida al procedimiento, entronca con las tradicionales funciones atribuidas al Ministerio Fiscal, que habrá de realizar un obligado esfuerzo para cohesionar sus funciones de investigación con sus funciones como “patronus libertatis” del menor. Cfr. **DE LA ROSA CORTINA** “La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del Juez de menores”, en *La responsabilidad penal de los menores: Aspectos sustantivos y procesales*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 233-234.

distinta (es decir dos fiscales diferentes) sí, finalmente es la figura del Ministerio Fiscal la encargada de la defensa de los derechos del menor, como de la observancia de las garantías del procedimiento, dirigiendo personalmente la investigación de los hechos (art. 6º de la LORPEME); siendo extraño que sean dos fiscales diferentes los que estén presentes en la declaración del menor. Quizás lo anterior se reguló para justificar la división de funciones de defensa e investigación, pero se pasa por alto que esas actividades pertenecen a la misma institución del Ministerio Fiscal, regida por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, los cuales a su vez pueden verse afectados por esa doble posición<sup>823</sup>; amén del principio de legalidad si dichos funcionarios no cohonestan sus funciones, es decir, como órgano defensor velando y procurando el interés superior del menor, por un lado, y como órgano acusador con base en el principio acusatorio, por el otro.

Por otra parte consideramos que a pesar de que la institución del Ministerio Fiscal tiene asignada tanto la función protectora de los derechos, en este caso de los menores, así como la facultad instructora y acusatoria, no es apropiado que sea otro Fiscal, aunque sea distinto del Fiscal instructor, el que este presente en el momento de rendir la declaración el

---

<sup>823</sup> En el mismo sentido VENTURA FACI y PELAÉZ PÉREZ argumentan: “No se entiende bien la presencia del Ministerio Fiscal, en persona distinta de la del instructor del expediente, en la declaración del menor en defecto de sus padres, tutores o guardadores, ya que conforme al artículo 172 del Código Civil cuando existe desamparo la tutela “ex lege” la ejerce la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma correspondiente, sin que quepa argumentar esta presencia sobre la base de la defensa del menor puesto que la misma la ejerce su Abogado Defensor, que ha de estar presente en la declaración. Esta doble posición podría ser contraria a los principios de unidad y jerarquía del Ministerio Fiscal. Aunque en otro ámbito, en la regulación de la constitución de la tutela, cuando el promotor es el Ministerio Fiscal se excluye la posibilidad de que éste actúe como defensor judicial (art. 207 Código Civil). El Ministerio Fiscal es único, no puede desarrollar dos funciones contrapuestas, instructor y defensor”, VENTURA FACI y PELAÉZ PÉREZ, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., pág. 100. La previsión de que en estos casos la declaración se lleve en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente, sólo puede explicarse desde el desconocimiento de los principios Constitucionales que vertebran esta institución, y concretamente del principio de unidad de actuación expresamente incluido en el artículo 124 CE. Tampoco encaja con la atribución al Fiscal (se entiende que al instructor, art. 6 LORPM) de la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, y la observancia de las garantías del procedimiento, ni con el hecho de que el menor va a estar asistido de un Letrado en esa diligencia. El cumplimiento del precepto -como no puede ser menos en una institución a la que se atribuye la defensa de la legalidad- va a dar lugar a situaciones kafkianas. V. DE LA ROSA CORTINA, “La instrucción en el procedimiento de la LORPM...”, op. cit. pág. 300.

menor<sup>824</sup>, en los casos de ausencia de los representantes legales o tutores. Y en todo caso, si dicho Fiscal estuviese desempeñando el papel de representante del menor, por considerarse que este último no tiene capacidad de obrar (art. 3.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), no pudiendo por ello actuar por sí mismo, necesitando cuando se encuentre detenido de la compañía y presencia de su representante legal para rendir su declaración, porque así lo marca el artículo 17 de la LORRPEME, no parece lógico que en este aspecto se le regule la asistencia del mismo, cuando en los demás supuestos no es así. De tal forma que entonces debería de establecerse la presencia del Ministerio Fiscal en todas aquellas diligencias que, señalando la presencia de los representantes legales, éstos no pudieran estar presentes por alguna razón, para que así dicho criterio fuese uniforme<sup>825</sup>.

Independientemente de lo anterior, en nuestra opinión, el legislador debió haber establecido, si es que consideraba necesario la presencia de alguna figura en la rendición de declaración del menor detenido, la asistencia del Letrado Defensor, ya que el mismo se

---

<sup>824</sup> “Tal situación se nos antoja cuando menos curiosa para el Ministerio Público. Por un lado ejercita la acción penal, inquiera al detenido interrogándole mientras su compañero observa la declaración en sustitución de los padres tutores o guardadores y con asistencia letrada”, **NOGUEIRA GANDÁSEGUI**, “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003, pág. 130.

<sup>825</sup> La Ley no exige la presencia del representante legal en sentido técnico-jurídico, para que la finalidad de asistencia quede lograda, con la presencia, incluso, del guardador de hecho, condición ciertamente difícil de acreditar en las diligencias policiales. Para que la diligencia de interrogatorio no se vea paralizada por la incomparecencia de aquellas personas, se podrá celebrar con un miembro del Ministerio Fiscal. Se pretende con esta medida dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 3.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que atribuye a éste la representación y defensa en juicio de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representante legal, no puedan actuar por sí mismos. Atribuida al Fiscal de menores la instrucción del procedimiento y, al mismo tiempo, el ejercicio de la acción penal contra un menor, no parece lógico otorgar a la misma persona, las funciones propias de los representantes legales a los que, en su ausencia, sustituye ante las diligencias policiales, razón por la que esta misión se encomienda a otro miembro del Ministerio Fiscal, distinto del instructor. El precepto comentado es expresión gráfica tanto de la contradicción expresamente asumida por la Ley, que supone atribuir al Ministerio Fiscal, al mismo tiempo, funciones opuestas, como son la defensa de los derechos del menor y la de acusador público de dicho menor (art.6), como de la traslación al proceso del menor de aquellas funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en su Estatuto Orgánico, de asumir la representación y defensa en juicio de quienes por carecer de capacidad de obrar y de representante legal, no puedan actuar por sí mismos, atribución innecesaria, ya que el legislador esta otorgando al menor en todas las etapas del procedimiento plena capacidad de obrar procesal. De lo contrario, ¿por qué no disponer la presencia del Ministerio Fiscal, en defecto del representante legal, en todas aquellas otras diligencias en las que éstos puedan faltar, en lugar de ordenar su asistencia, sólo cuando se trata de la declaración del menor detenido?. Cfr. **APARICIO BLANCO**, “La detención y otras medidas de coerción con menores”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 3, Mayo, 2001, pág. 48.

encarga de la defensa jurídica de éste<sup>826</sup>, además de que las leyes supletorias de la materia, como lo es la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 788.3<sup>827</sup>, refiere que el Abogado designado para la defensa, tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, idea expuesta por autores como DOLZ LAGO.

Por otra parte también no se debe dejar pasar por alto lo regulado en el artículo 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que la autoridad judicial y funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso, se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Letrado, por lo que cabría reflexionar si existe tal prohibición para recomendar Letrado Defensor, no resultaría absurdo que en su lugar si se pueda, no sólo recomendar, sino imponer la presencia de un Ministerio Fiscal (aunque sea diferente del instructor), que por supuesto no se esta eligiendo, sino como apuntamos, se esta imponiendo para que represente al menor ante la ausencia de su representante legal o tutor.

Cabe señalar que en las conclusiones aprobadas en la Cumbre Nacional se propuso la reforma legislativa de “Eliminar el apartado 2º del artículo 17 de la Ley, la enunciación que se redacta desde el primer punto y seguido hasta el final del citado apartado<sup>828</sup>.”

---

<sup>826</sup> Ejerciéndose así el derecho de defensa, procurando a su vez el principio de contradicción.

<sup>827</sup> V. Art. 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>828</sup> En efecto con la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la LORRPEME, ha incluido un nuevo párrafo al artículo 17.2, sin embargo, este sólo hace referencia a que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Letrado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración, pero no refiere nada más respecto al supuesto que nos ocupa, que es la presencia de Ministerio Fiscal distinto al instructor en la declaración del menor detenido.

## 1.2. La facultad para recibir o no la declaración del menor

(Artículos 22 y 26 de la LORRPEME)

Este supuesto lo ubicamos durante la fase de instrucción. En efecto, el artículo 26 de la LORRPEME refiere que no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes<sup>829</sup> proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores (art. 26.2 LORRPEME).

Podríamos pensar que el hecho de que el Ministerio Fiscal opte por no recibir la declaración del menor durante las actuaciones previas y de investigación, es con el fin de procurar el interés de éste, ya que sólo podría estarse ante una simple sospecha de hechos delictivos imputados en su contra, mismos que si después de su investigación no lograrán acreditarse al igual que su responsabilidad, se podría producir un aspecto negativo en la personalidad del menor, amén de perturbar su tranquilidad, en caso de que se le hubiese citado para recabar su declaración<sup>830</sup>.

---

<sup>829</sup> Cabe señalar que antes de la modificación que sufrió la LORRPEME por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, el artículo 26.2 refería que “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el Letrado Defensor proponga que se lleve a cabo la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya se hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.

<sup>830</sup> “La declaración del menor también se producirá –y es lo habitual en la práctica- dentro de las diligencias preliminares, cuando los menores detenidos no declaren en las dependencias policiales o el Fiscal instructor quiera recibirles la declaración”, **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 409. Para **ARROM LOSCOS** la verdadera razón de la existencia de éstas diligencias preliminares, previas al decreto de incoación, no es sino la de establecer una duda razonable en torno a la credibilidad de la imputación, de la identidad y de la edad de los menores afectados por el procedimiento. Con ello lo que se pretende evitar es que el menor, con los perjuicios que de ello se pudieran derivar para el mismo, quede sujeto sin más al proceso. En ningún caso, dichas diligencias deben ser entendidas como auténtica instrucción, pues ésta se ordenará tan sólo, tras el decreto de incoación del expediente de reforma y tras la designación del Letrado del menor al que, de inmediato, se le informará del alcance de la imputación y de las diligencias ya practicadas de forma previas. V. **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal con implicación de...*, op. cit., pág. 58.

Pero, ¿qué pasaría si sucediera lo contrario y que en virtud de los resultados obtenidos en la investigación, se procediera a incoar el expediente?<sup>831</sup>. En tal razón, somos de la idea que desde el momento en que todo menor se vea involucrado en un procedimiento penal, por estar acusado de haber infringido las leyes penales, se le ponga ello en su conocimiento. En efecto, el artículo 118, 2º párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, refiere que cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados, y una vez presentada la situación anterior, se le harán valer todas las garantías procesales a que tenga derecho.

Además el mismo artículo 22.1 letra c) de la LORRPEME, regula que el menor tendrá derecho a intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar<sup>832</sup>, y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias, dentro de las cuales encuadra perfectamente la recepción de su propia declaración, siendo ésta un elemento más de prueba para ser valorado en su momento por el Ministerio Fiscal, quien podrá determinar, con base en ella, incoar, o no, el expediente.

Sin embargo, la LORRPEME está facultando al Ministerio Fiscal para que integre el expediente y se concluya la instrucción sin haberse recabado la declaración del menor<sup>833</sup>. Con relación a ello HUETE PÉREZ expone que respecto a la declaración del menor en el expediente, no puede terminarse la instrucción del mismo, sin que el menor haya sido

---

<sup>831</sup> “Lo lógico es que el menor sea informado desde el primer momento de que se ha incoado un expediente respecto de él, y se le comuniquen en concreto los hechos de los que aparece denunciado, así como que preste declaración en la fase de instrucción ante el Fiscal, siempre con la necesaria asistencia de su Letrado”, **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 314. Como se observa, dicha autora considera que la información de la existencia de imputación en contra del menor sea informada a partir de la incoación del expediente, opinión que no compartimos en virtud de que desde el momento en que sea interpuesta una denuncia, ello debe de hacerse del conocimiento del denunciado con el afán de que pueda ejercer su derecho de defensa y poder evitar la incoación del expediente, y más, tratándose de asuntos de menores a los que se les esta asignando un tratamiento especial.

<sup>832</sup> A pesar de que dicho artículo se contradice ya que este empieza diciendo que los derechos citados del menor son a partir de la incoación del expediente.

<sup>833</sup> V. art. 26.2 de la LORRPEME

oído<sup>834</sup>; considerando ARROM LOSCOS que la fase de instrucción carece de plazo para su realización y los actos que la integran aparecen sin denominación, ni contenido específico<sup>835</sup>. A nuestro ver, efectivamente, no debiera facultarse al Ministerio Fiscal para que concluya la instrucción, sin haberse recabado la declaración del menor.

Asimismo, HERNÁNDEZ GALILEA argumenta que la declaración del menor expedientado, debe considerarse como diligencia necesaria, aunque su Letrado Defensor no la interese, pues una acusación dirigida contra una persona a la que ni siquiera se ha oído, choca frontalmente con las más elementales reglas del proceso debido, debiéndose practicar las diligencias que el propio menor proponga implícita o explícitamente en su declaración y que puedan corroborarla<sup>836</sup>. Además si la propuesta del Letrado Defensor va encaminada a que se reciba la declaración del menor, el margen de decisión del Fiscal queda automáticamente anulado, deberá acordarla (salvo que ya no pueda por haber concluido la instrucción). Cabe referir que la LORPEME no dice nada sobre si tal petición de declaración del menor puede repetirse con el mismo efecto de la obligatoriedad de su práctica, inclinándonos por la preceptividad de su práctica en todo caso, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 400 LECRIM, que permite, como garantía del imputado, que éste declare cuantas veces estime procedente<sup>837</sup>.

Cabe señalar que ARROM LOSCOS y DE LA ROSA CORTINA, ubican la recepción de la declaración del menor en la fase de instrucción, mientras que HERNÁNDEZ GALILEA habla de ésta como diligencia necesaria, suponemos que en cualquier fase del proceso penal, incluyendo las actuaciones previas y de investigación. Pero independientemente de la fase o etapa del procedimiento en que se ubique la realización de dicha diligencia, en nuestra opinión resulta incuestionable que se faculte al Ministerio Fiscal para plantearse sobre la recepción, o no, de la declaración del menor, no

---

<sup>834</sup> HUETE PÉREZ, “Problemas prácticos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000. Organización y reparto de asuntos...”, op. cit., pág. 729.

<sup>835</sup> ARROM LOSCOS, *El proceso penal con implicación...*, op. cit., pág. 52.

<sup>836</sup> HERNÁNDEZ GALILEA, *El sistema español de justicia...*, op. cit., pág. 175.

<sup>837</sup> Cfr. DE LA ROSA CORTINA, “La instrucción en el procedimiento de la LORPM...”, op. cit., pág. 267.



sólo durante las actuaciones de investigación preliminar<sup>838</sup>, sino además en la instrucción, ya que significa un elemento necesario y fundamental en el expediente<sup>839</sup>, debiéndose descartar la finalización de la instrucción de las actuaciones<sup>840</sup> sin ni siquiera haberse escuchado al menor como lo posibilita la misma LORPEME<sup>841</sup>, a excepción claro está, por causas de fuerza mayor.

Tal situación además pone en peligro, a su vez, el principio de legalidad, sin olvidar que si al mismo Ministerio Fiscal se le está encomendando el carácter de inspector o vigilante de la Ley, a efecto de que se respeten los derechos del menor y su interés superior, cómo va a permitir que un elemento de prueba de suma importancia, como es la recepción de la declaración, se pase por alto. Sobre todo si se toma en cuenta lo establecido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 9º, que consagra también el derecho para el menor de ser oído en cualquier proceso administrativo o judicial en que se vea implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar, o social, procurándose el principio de oralidad.

Tampoco se debe dejar de considerar, lo establecido por el artículo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto a la obligación para todas las autoridades intervinientes en el procedimiento penal, de cuidar, consignar, y apreciar tanto las circunstancias adversas como favorables del presunto reo, debiendo, a falta de disposición expresa, instruir a éstos de sus derechos. También es importante señalar que la Convención sobre los Derechos del

---

<sup>838</sup> La práctica de las diligencias preliminares tienen por objeto: Comprobar la verosimilitud del hecho y su relevancia penal; averiguar la identidad y edad del partícipe; decidir si el interés del menor aconseja la no incoación del proceso. V. **MELÉNDEZ LUQUE**, “El procedimiento declarativo”, en *Menores. responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editoroal Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 335.

<sup>839</sup> Podría, en una primera aproximación, interpretarse que es aplicable al nuevo procedimiento de menores, la doctrina contenida en la STC 186/1990, de 15 de noviembre (79), en la que en definitiva se sentó la obligatoriedad de recibir declaración como imputado a la persona contra la que se dirige el procedimiento, como paso previo e imprescindible para poder formular acusación contra la misma. *Ibidem*; op. cit., págs. 279-280.

<sup>840</sup> En las conclusiones del Curso de Responsabilidad Penal de los Menores, Organizado por el Consejo General del Poder Judicial (23 a 25 de abril de 2001), se señala en el punto 15, que el Ministerio Fiscal debe practicar unas mínimas diligencias instructoras antes del trámite de audiencia, que siempre deben incluir la declaración del menor, así como la acreditación de su edad e identidad.

<sup>841</sup> En muchos supuestos será muy conveniente oír al menor antes de decidir si se formula, o no, escrito de alegaciones. *Ibidem*; op. cit., pág. 280.

Niño, en su artículo 12, regula el derecho de la garantía de audiencia del menor para que exprese su opinión libremente, cuando éste se vea involucrado en algún procedimiento.

Por otra parte, considerando que el principio acusatorio lleva conjunto el derecho de que toda persona a quien se le impute la comisión de algún delito se le hará saber ello, a efecto de que pueda hacer valer todas las garantías procesales, como la de ejercer el derecho de defensa<sup>842</sup>, ofreciendo pruebas (dentro de las que vale su declaración), se está atentando contra el mismo, al facultarse al Ministerio Fiscal para que pueda concluir la instrucción del expediente, sin haber tomado la declaración del menor. Amén de que resulta confuso y algo ilógico que una parte, es decir, dicho funcionario -en su papel de órgano acusador-, pueda decidir respecto a la recepción, o no, de los elementos de prueba como podría ser la misma declaración del menor ofrecida por la otra parte, o sea el Letrado -en su papel de Defensor-, afectando a su vez al principio de contradicción, ya que de acuerdo a lo que hemos expuesto sobre éste último, las partes tienen derecho a ofrecer los elementos contradictorios que consideren convenientes, para el apoyo de sus posturas.

Por lo tanto, sólo resta decir que con el afán de procurar el respeto a las garantías procesales y principios referidos, el Ministerio Fiscal debe evitar integrar un expediente y concluir la instrucción del mismo, sin recabar la declaración del menor<sup>843</sup>, sobre todo para cumplir sus funciones de vigilante de los derechos del menor, quiérase, o no, que le han sido encomendadas<sup>844</sup>.

---

<sup>842</sup> Asimismo, el principio de presunción de inocencia en el sentido de que no se podrá imponer sanción, pena, o medida alguna, hasta que no se acredite la culpabilidad de la persona, habiéndose realizado todas las investigaciones correspondientes y desahogados todos los medios de prueba necesarios, con base en el principio de libre valoración de la prueba.

<sup>843</sup> Se estima imprescindible conocer la opinión del menor en el expediente, aunque éste en su declaración mienta, amparado como está por el derecho a no inculparse, pues su declaración, además de ofrecer su versión de los hechos, puede ser una vía para conocer problemas que no son capaces de transmitir los denunciantes o las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en sus atestados, por ejemplo, si el menor padece un moderado retraso y qué tipo de afectación le produce. Por otra parte, en el caso de que el menor, en su descargo, ofrezca coartadas, se está obligado a investigar para descartar su existencia. V. **HUETE PÉREZ**, "Problemas prácticos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000. Organización y reparto de asuntos...", op. cit., pág. 730.

<sup>844</sup> Asimismo, es una exigencia legal que en la instrucción se acuerde recibir declaración al menor y el hecho de que no se acuerde o no se practique dicha diligencia vulnera tal derecho. Y aún cuando es evidente que la lógica aconseja, cuando se tiene conocimiento de la comisión de una presunta infracción criminal, que se interrogue sobre los hechos a la persona que se estima pueda ser el responsable de los mismos, incluso como

### 1.3. La remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores

(Artículo 3 de la LORRPEME)

Esta actuación del Ministerio Fiscal se presenta también durante la fase de instrucción. El artículo 3º de la LORRPEME alude que en el caso de que el autor de los hechos delictivos sea un menor de catorce años no se le podrá exigir responsabilidad con arreglo a la LORRPEME<sup>845</sup>, sino que se le deberá aplicar lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes<sup>846</sup>. Para

---

primera diligencia de investigación, y quizás única a la vista del resultado. Este derecho se satisface suficientemente y con todas las garantías con la posibilidad de que el Letrado Defensor pueda solicitar la recepción de declaración antes de que se concluya la instrucción. (V. AAP Jaén, de 8 de octubre de 2001, Sección 1ª, Fundamento de Derecho Tercero). Cabe señalar que el apartado 2 del artículo 17 se ocupa de regular algunos de los aspectos relacionados con la declaración del menor, pudiéndose entender que la misma sólo debe ser practicada cuando el menor se halla detenido, por no decir nada respecto a la declaración del menor cuando no se encuentre privado de libertad. Esto lleva a cuestionarnos si ha sido voluntad del legislador concebir tal declaración como una de las diligencias de las que el procedimiento de menores puede prescindir, lo que se reforzaría por el hecho de que el art. 26.2 establece que es obligatorio por parte del Fiscal tomar declaración cuando lo solicite su Letrado Defensor, salvo que ya hubiese concluido la instrucción, lo cual en la anterior legislación era materialmente imposible solicitar, ya que el menor no estaba asistido de Letrado Defensor hasta un momento anterior a la conclusión. No obstante ello, parece claro que con dicho criterio se negaría la vigencia del principio de contradicción, por lo que se estima que debe darse la oportunidad al menor de ser oído durante la integración del expediente, como presupuesto necesario para el traslado y concreción de la imputación contra él formulada, lo cual está acorde con los principios que regulan el enjuiciamiento de cualquier infracción penal. El derecho a ser oído se satisface suficientemente, y con todas las garantías, con la posibilidad de que el Letrado Defensor del menor pueda solicitar la declaración antes de que se concluya la instrucción. (V. AAP Jaén, Sección 1ª de 10 de octubre de 2001, Fundamento de Derecho Tercero).

<sup>845</sup> Con relación a la inimputabilidad y la minoría de edad penal de “los menores de catorce años”, V. **JIMÉNEZ SEGADO**, “La exclusión de la responsabilidad criminal”. *Estudios Jurisprudenciales Penal y Procesal*, Madrid, 2003, pág. 69. Asimismo se puede ver **DIÁZ ABAD**. “Derechos del menor en el ámbito penitenciario”, en *El derecho y los derechos de los niños*, Exlibris Ediciones S.L., Castilla La Mancha, 2003, págs. 186-187; **GARCÍA PEREZ**, “La competencia de los órganos de la administración de justicia de menores, las bases de la responsabilidad de éstos y el derecho supletorio (Artículos 2,3,4,5 y 6 del Título Primero y artículos 10,11 y 12 del Título Segundo)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor*. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores. Madrid, págs. 46-80; y **LÓPEZ LÓPEZ**, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Comentarios, concordancia y jurisprudencia)*..., op. cit., págs. 31-35.

<sup>846</sup> “Así pues, hasta los catorce años el sistema español prescinde totalmente de la intervención penal: el menor es puesto a disposición del sistema público asistencial”, **TERRADILLOS BASOCO**, “Responsabilidad penal de los menores”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 54. Los menores de catorce años son considerados inimputables. Cabe en todo caso aplicar medidas de protección previstas en el Código Civil y otras disposiciones vigentes. V.

ello el Ministerio Fiscal debe remitir a la Entidad Pública de Protección de Menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto del menor<sup>847</sup>, a fin de valorar su situación, y dicha Entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero<sup>848</sup>.

Es importante recordar que el Ministerio Fiscal siempre que tenga conocimiento de la situación de riesgo o peligro en la que se encuentre el menor, está obligado a instar la intervención de la entidad pública, a efecto de que se promuevan las medidas necesarias

---

**GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER** “Características principales de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”, en *Revista del Poder Judicial*, Cuarto Trimestre, 2000, pág. 147. La edad límite de los catorce años se establece en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son generalmente irrelevantes, y que en los casos sujetos en que aquellas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada en los ámbitos familiar y asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Cfr. **CALVO SÁNCHEZ**, “El procedimiento en la L.O. 5/2000 de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...”, op. cit., pág. 197.

<sup>847</sup> En tal supuesto se considera que la norma obliga al Ministerio Fiscal de manera imperativa a remitir en todos los casos los hechos denunciados cometidos por menores de catorce años, hecho perjudicial para el menor, ya que hubiera sido mejor distinguirse entre hechos graves y menos graves. Asimismo, dicha revisión no es óbice para que el Ministerio Fiscal de oficio pueda solicitar al Juez de instancia o guardia en su caso, las medidas cautelares de protección para el menor con base en el artículo 158 del Código Civil; no existe pieza de responsabilidad civil al no exigírseles a estos menores responsabilidad de ningún tipo con arreglo a la Ley; el perjudicado o víctima debe dirigirse a la jurisdicción civil ordinaria para ejercitar las acciones civiles; la administración tiene que valorar y evaluar la situación familiar, social y educativa del menor, y adoptar si es necesario, las medidas de protección que estime convenientes, dando cuenta eso sí, al Ministerio Fiscal de la resolución que adopte. Cfr. **OLAVARRÍA IGLESIA**, “El procedimiento de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 368-369.

<sup>848</sup> La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor en su artículo 12.1 establece que la protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo, con el establecimiento de los servicios adecuados para tal fin, el ejercicio de la guarda y, en los casos de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la Ley; y el artículo 16 de la misma Ley dispone que las entidades públicas competentes en materia de protección de menores estarán obligadas a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación. Por otra parte, el artículo 3 de la LORPEME excluye a los menores de catorce años del ámbito de aplicación de la Ley, por lo que en estos casos el perjudicado debe acudir al procedimiento declarativo correspondiente ante la jurisdicción civil, para reclamar los perjuicios sufridos, ya que si la LORPEME no les es aplicable a estos menores en cuanto a la depuración de las responsabilidades penales en que hubieran podido incurrir por los hechos cometidos, lógicamente las consecuencias civiles derivadas de éstos tampoco pueden serles impuestas a través de los causes establecidos en este texto legal para aquéllas. Cfr. **GONZÁLEZ GARCÍA**, “La responsabilidad civil del menor”, *Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 134.

para su protección, independientemente de si el menor cometió, o no, el delito imputado<sup>849</sup>. Cabe señalar que con la remisión de testimonio a la entidad pública no debe terminar la labor parte del Ministerio Fiscal, debiendo exigirse que aquella le remita la notificación del resultado de lo que se haya acordado respecto del menor, sea cual sea su decisión, no procediéndose al verdadero archivo de las diligencias preliminares hasta que dicha comunicación se haya realmente efectuado y se haya realizado su debido seguimiento<sup>850</sup>.

De acuerdo a la redacción del Artículo 3 de la LORRPEME, parece ser que la correspondiente Entidad Pública de Protección de Menores se encuentra también obligada a adoptar una medida de protección respecto al caso del menor de catorce años, remitido por el Ministerio Fiscal, independientemente de la gravedad del delito imputado y de su comisión<sup>851</sup>. Sin embargo, el hecho de que un menor haya cometido un delito, independientemente de su gravedad, no significa que necesariamente tenga que aplicársele una medida de protección, ya que habría que valorarse cada caso en concreto, no necesitando quizás de ninguna<sup>852</sup>. Lo contrario iría contra la seguridad jurídica y el

---

<sup>849</sup> Ello en virtud de las facultades y funciones atribuidas por diversos preceptos legales los cuales son: artículo 3º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el artículo 124 de la Constitución Española y el artículo 174 del Código Civil. Cabe señalar que, fuera de la estricta legalidad, las relaciones entre la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal han de ser de necesaria colaboración e imprescindible para el ejercicio de sus respectivas competencias, entre las que destaca por encima de todas las funciones del Ministerio Fiscal, la de superior vigilancia, proclamada por el artículo 174.1 del Código Civil y reiterada en algunas de las normas autonómicas. V. **LORCA MARTÍNEZ**, “La intervención administrativa en protección de menores desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. 1-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 283-292.

<sup>850</sup> **DIAZ CAPP**, “Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 539.

<sup>851</sup> Ya sabemos que según la Ley, los menores de esta edad son irresponsables y serán objeto de protección. El Ministerio Fiscal cuidará de remitir los particulares que estime precisos a la entidad protectora. Será la entidad protectora la encargada de promover las medidas de protección oportunas conforme a la Ley Orgánica 1/1996. V. **RODRÍGUEZ SOL**, “El Fiscal ante la...”, op. cit., pág. 170. Dicho texto indica que en la comisión de delitos no se faculta, sino que se obliga, a actuar al ente público de protección. Del carácter imperativo de la fórmula legal se desprende que el Ministerio Fiscal está obligado, no facultado, a la remisión de particulares, y que la entidad está asimismo, obligada a promover medidas. La remisión a la LO 1/96 indica claramente que tales medidas son las reguladas en el capítulo I del título 2 y que proceden en todo caso de una de las dos situaciones, riesgo y desamparo, contempladas en los arts. 17 y 18. Cfr. **VARGAS CABRERA**, “Las relaciones entre las medidas de protección y la actuación del Ministerio Fiscal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 578 y 579.

<sup>852</sup> No está previsto el internamiento para menores de catorce años, ni aun en el caso de que cometan crímenes graves. Se les aplica lo dispuesto en las normas de protección de menores prevista en el Código Civil y demás

principio de legalidad<sup>853</sup> toda vez que si la conducta del menor no tiene relevancia a efectos penales, amén de que en estos casos se está ante la verdadera presencia de la inimputabilidad<sup>854</sup> o falta de culpabilidad, no está justificado porqué la administración tenga que adoptar medidas protectoras<sup>855</sup>. Pero no debemos dejar de referir que dicha situación ha sido aclarada con posterioridad por el art. 8, apartado 6, del Reglamento de la LORRPEME, el cual regula que cuando de conformidad con la LORRPEME, el Juez de menores o el Ministerio Fiscal remitan a la Entidad Pública de Protección de Menores testimonio de particulares sobre un menor de catorce años, será dicha entidad la competente para valorar la situación y decidir si se ha de adoptar alguna medida, conforme a las normas del Código Civil y la legislación de protección de menores, lo que entraña la posibilidad de que dicha entidad no tenga la obligación de adoptar medidas para el menor como lo hacía pensar el artículo 3 de la LORRPEME.

Por otra parte, en el momento de la adopción de las medidas protectoras determinadas en todo caso por la Entidad Pública de Protección de Menores, lo más probable es que el menor seguramente no contará con asistencia letrada al tomarse dicha decisión<sup>856</sup>, lo que llevará a que el menor acepte de cualquier modo la medida que se le imponga, pudiendo resultar ésta más gravosa de la que se le hubiese podido aplicar de haber sido sujeto al procedimiento de menores, reconociéndosele todas las garantías del

---

disposiciones vigentes (art. 3 de la LO 5/2000, de 12 de enero). Por debajo de la edad de catorce años se entiende además que será suficiente la represión y el control familiar sobre el menor, pues la incidencia delictiva hay que destacar que es mínima. V. **GASPAR BLANCH**, “La infraestructura exigida por la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (L.O 5/2000, de 12 de Enero)”, en *Revista General de Derecho*, Año 2002, pág. 523.

<sup>853</sup> V. Apartado relacionado con el principio de legalidad referido en los principios rectores básicos del actuar del Ministerio Fiscal, Capítulo III, de este trabajo de investigación.

<sup>854</sup> “Los términos de este artículo, absolutamente claros, fijan cronológicamente la edad del menor determinando, en el caso, su inimputabilidad absoluta”, **FIERRO GÓMEZ**, “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pág. 666.

<sup>855</sup> Una vez recibido el testimonio de particulares por la entidad pública, la misma sólo debe adoptar una medida de protección si el menor de catorce años se encuentra en una situación susceptible de ello, en virtud de las normas estatales y autonómicas; en los demás casos no puede realizar actuación alguna, por suponer la misma una intervención fuera del ámbito de sus competencias, ya que en este caso el menor no se encuentra en ninguna de las situaciones que legitiman su intervención en esta materia. V. **LANDROVE DIAZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 57, y **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal...*, op. cit., pág. 86.

<sup>856</sup> Este punto lo trataremos en la parte correspondiente a los aspectos conflictivos de las actuaciones del Letrado Defensor, observados en la LORRPEME.

debido proceso, respetándose los principios procesales, como es el de presunción de inocencia, en cuyo caso quizás hasta se hubiera decretado el sobreseimiento de su asunto<sup>857</sup>.

Asímismo, surge la interrogante de si todos los asuntos de menores de catorce años de los que haya tomado conocimiento el Ministerio Fiscal debe remitirlos a dicha entidad<sup>858</sup>. En ese sentido DOLZ LAGO argumenta: “Sobre si es preceptivo que el Ministerio Fiscal remita el testimonio, o no, dado que el art. 3 de la LORPM emplea el término “deberá”, entiendo acertada la posición de la Fiscalía General del Estado, la cual, en su Circular No. 1/2000, señala que no es preceptivo u obligatorio para el Ministerio Fiscal enviar este testimonio, si no que sólo se valorará cuando se considere necesario para la protección del menor”<sup>859</sup>. Opinión a la que nos adherimos, amén de que dicho funcionario tiene facultad para tomar esa decisión, con base en el principio de oportunidad, considerando a su vez el principio de intervención mínima<sup>860</sup>.

---

<sup>857</sup> La remisión al art. 3 supone en definitiva la puesta en conocimiento de la entidad pública de los hechos, a fin de que por ésta se valore la situación y promueva las medidas de protección adecuadas a las circunstancias. Se entiende que pese a los términos aparentemente imperativos de la LORPM, esta remisión de testimonio solamente debe darse en los supuestos en los que de lo actuado existan indicios para pensar que el menor pueda encontrarse en una situación de desamparo o riesgo que precise medidas de protección. Si no hay situación de riesgo, la administración no debe actuar. Otra interpretación podría llevar a una aplicación totalitaria del derecho, con unos poderes públicos inmiscuyéndose en la vida de los ciudadanos, sin razones que lo justifiquen. El mero hecho de incurrir en una conducta ilícita –piénsese sobre todo en los supuestos más leves sin reincidencia (hurtos en almacenes, pintadas, pequeñas peleas), para los que precisamente está previsto el art. 18- no es indiciario de una situación de riesgo. Cfr. **DE LA ROSA CORTINA**, “La instrucción en el procedimiento de la LORPM...”, op. cit. págs. 257-258.

<sup>858</sup> El carácter imperativo con que se pronuncia el artículo 3 “deberá remitir”, es acertado para **DÍAZ CAPP**A, ya que el Ministerio Fiscal, con independencia de las funciones de superior vigilancia de la actuación administrativa que le encomienda el art. 174 del Código Civil, no es en modo alguno el encargado de comprobar, ex ante, la existencia, o no, de factores de desprotección en el menor, y por tanto omitir la posible intervención de la entidad pública devendría en una especie de intromisión limitadora de las funciones que a ésta atañen. Con ello tampoco se limitan las funciones protectoras encomendadas al Ministerio Fiscal, pues éste puede luego, o incluso al mismo tiempo, pero por vía judicial y a la vista de la decisión adoptada por la administración, poner en marcha los mecanismos legales oportunos para discrepar de la misma. V. **DÍAZ CAPP**A, “Algunos aspectos de la protección social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., pág. 537. Postura que no compartimos ya que el Ministerio Fiscal debe valorar cuando sea necesaria instar la intervención de la entidad protectora, a efecto de que se promuevan las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor.

<sup>859</sup> **DOLZ LAGO**, *Derecho transitorio penal de menores (Comentarios al derecho transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, de Responsabilidad Penal del Menor)*, Editorial Dykinson, 2001, pág. 21.

<sup>860</sup> Con relación a la remisión de asuntos de menores de catorce años por parte del Ministerio Fiscal a la Entidad Pública de Protección de Menores podemos citar la siguiente Jurisprudencia: 1) JUR. 2005/196083. AAP. Huelva No. 174/2005, Sección 2ª de 4 de Mayo. La misma explica el procedimiento de investigación de hechos realizados por menores de catorce años por parte del Ministerio Fiscal en un asunto de acusación,

Respecto a la indicación que hace el artículo 3º de la LORRPEME, en el sentido de que los asuntos de menores de catorce años, remitidos por el Ministerio Fiscal a las Entidades Públicas de Protección, deben ser valorados por éstas, a efecto de que promuevan las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor, conforme a la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, cabe observar que no existe en esta Ley alguna referencia clara y precisa respecto a cómo las entidades deberán actuar si le son remitidos dichos casos de menores. Situación que también atenta contra la misma seguridad jurídica, pues no se determina la forma de “aplicación o ejecución” de dichas medidas de protección<sup>861</sup>.

En Italia, para los delincuentes juveniles incluidos los que tienen menos de catorce años de edad, se prevé la aflicción de una medida de seguridad especial, que implica la reclusión en un reformatorio judicial. Esas medidas se aplican cuando se considera que el individuo es socialmente peligroso<sup>862</sup>.

Por último, nos parece importante insistir en que el hecho de que a un menor de catorce años no se le exija responsabilidad penal por considerársele inimputable, no

---

denuncias falsas y simulación de delitos. Aspectos procesales: sobreseimiento y archivo de actuaciones. Procedencia: falta de acreditación de la falsedad consciente. Menores: ámbito de aplicación: desistimiento del Ministerio Fiscal para continuar con la investigación ante el impedimento legal de ser el presunto autor de los hechos menor de catorce años. 2) Recurso de Apelación. No. 148/2000. Menores (Responsabilidad de los). Régimen de los menores de catorce años. Extinción de la responsabilidad penal. Apreciable. Aplicación con carácter retroactivo de la LORRPEME. Medidas. Clases: Internamiento en régimen cerrado. Procedencia: proporción entre el hecho imputado y la medida impuesta. Fallo: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por... y estimamos el formulado por... contra la resolución indicada que revocamos parcialmente en el sentido siguiente: Declaramos extinguida la responsabilidad atribuida a... al ser menores de catorce años cuando ocurrieron los hechos confirmando el resto de sus pronunciamientos.

<sup>861</sup> “La ligereza con que la LRPM remite a esas normas, para el supuesto de que el menor no haya cumplido los catorce años en el momento de la comisión del hecho delictivo, es bastante chocante. Especialmente si tenemos en cuenta el complejo sistema de enjuiciamiento que establece, para garantizar los derechos de los mayores de esa edad”, **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español...*, op. cit., pág. 81. “Ante la comisión de un hecho delictivo, la distinción entre menores sujetos a la Ley penal, y quienes no lo están, debe reflejarse tanto en la forma de intervención social, como en las medidas a adoptar, en todo caso, de carácter reeducador y siempre diferenciadas de las destinadas a los adultos”, **VALERO OLTRA**, “De los Tribunales Tutelares a los Juzgados de Menores...”, op. cit., pág. 148.

<sup>862</sup> Cfr. **GATTI UBERTO**; “Sistema italiano de justicia para menores de edad”, en *Legislación de menores en el siglo XXI: Análisis de derecho comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999, pág. 283.



significa que no puedan ejercitarse otro tipo de acciones<sup>863</sup> para reclamar la reparación de los daños y perjuicios que se hubieran ocasionado por su actuar<sup>864</sup>.

#### **1.4. La solicitud de aplicación de medidas terapéuticas y cautelares en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad**

(Artículos 5, 9 y 29 de la LORRPEME)

Ésta es otra de las actuaciones del Ministerio Fiscal que se presenta durante la fase de instrucción. En el caso de exención de responsabilidad, el artículo 29 de la LORRPEME, señala que si durante la instrucción queda suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental, o en cualquier otra circunstancia de las previstas en los apartados 1º, 2º ó 3º del artículo 20<sup>865</sup> del Código Penal<sup>866</sup>, se adoptarán las

---

<sup>863</sup> Lógicamente, la reconducción de estos menores a entidades de protección no lleva aparejada una declaración de irresponsabilidad absoluta, sino que la misma puede mantenerse en otros órdenes. La responsabilidad civil del menor por los daños que ocasionen puede depender de que se determine que el mismo tiene capacidad de discernimiento, de modo tal que, si el menor de catorce años que comete un delito tiene esa capacidad en el ámbito civil, podrá ser declarado directamente responsable civil por la vía del artículo 1.902. En el caso contrario, se deberán aplicar, de igual modo, las reglas generales para la aplicación de la responsabilidad de terceros a través del artículo 1.903, o en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, si el menor de catorce años que comete un delito se encontraba bajo la tutela o guarda de una entidad pública. V. **RUIZ RODRÍGUEZ**, “Responsabilidad civil de los menores”, en *Menores, responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 232- 233.

<sup>864</sup> “El desistimiento de la incoación del expediente no significa que cese la intervención sobre el menor, ya que, por un lado, se obliga a que el Fiscal dé traslado de lo actuado a la Entidad Pública de Protección de Menores para la aplicación de las medidas de protección conforme a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (de Protección Jurídica del Menor) y, por otro, cabe la tramitación de la pieza de responsabilidad civil por el Juzgado de Menores”. **DOLZ LAGO**, “Cuestiones sobre la instrucción penal del nuevo proceso de menores”, en *Revista General de Derecho*, Año LVI, No. 668, Mayo, 2000, pág. 5661. Sin embargo, cabría cuestionarse si el Juzgado de Menores tendría competencia para conocer este tipo de acciones relacionadas con la reparación del daño ocasionada por el menor de catorce años, de lo cual consideramos que no es factible, debiendo el perjudicado emprender las acciones civiles ante las autoridades respectivas, para reclamar la reparación de los daños ocasionados por la conducta del menor.

<sup>865</sup> Los apartados 1º, 2º, y 3º, del artículo 20 del Código Penal refieren: “Están exentos de responsabilidad criminal: 1º. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. 2º. El que al tiempo de cometer la infracción penal se

medidas cautelares precisas para la protección y custodia de éste, conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en la LORRPEME, conforme a lo establecido en sus artículos 5.2 y 9º, y de solicitar en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor<sup>867</sup> de entre las previstas por dicha Ley<sup>868</sup>.

---

halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. 3º. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

<sup>866</sup> Dado que al derecho penal no le interesan otras perspectivas, se limita a negar la responsabilidad de quienes, probadamente, carecen de esa capacidad, de tal manera que la imputabilidad es la regla que se presume; las causas de su exclusión, la excepción tasada. Las causas de inimputabilidad se recogen en los tres primeros números del art. 20 del Código Penal. V. **TERRADILLOS BASOCO**, “Introducción a la teoría general del delito”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 35.

<sup>867</sup> Estas medidas pueden ser a) sometimiento a tratamiento ambulatorio, para los menores con problemas de dependencia de alcohol o drogas, o con problemas psíquicos o emocionales, e implica la permanencia del menor en su propio entorno; b) ingreso en un centro terapéutico, cuando el problema que presenta de adicción al alcohol, droga, estupefaciente, o enfermedad psíquica es grave, y no puede ser tratado con tratamiento ambulatorio, y el Juez impone esta medida por ser necesaria la curación del menor a su adicción, o porque su enfermedad procede desde la infancia. Cfr. **MARTÍNEZ PARDO**, “Las medidas cautelares personales en el proceso de menores”, en *Sentencias de tribunales superiores de justicia audiencias provinciales u otros tribunales*, Volumen V, Tomo V, Editorial Aranzandi, 2000, págs. 360-361. También con relación a las medidas cautelares en general ver **CALATAYUD PÉREZ**, “Instrucción del procedimiento (Títulos Tercero y Cuarto. Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*. Madrid, págs. 149-169; **GISBERT JORDA**, “Cuestiones sobre medidas cautelares”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 525-532; **ILLESCAS ROS**, “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1995, págs. 63-140; **MARCHENA GÓMEZ**, “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *La Ley*, No. 4618, 1998; **ORTÍZ URCULO**, “Las medidas cautelares en el proceso penal: Requisitos y garantías”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 145-164; **PORRES ORTÍZ DE URBINA**, “Medidas cautelares en el orden penal”, *Estudios Jurídicos Cuerpo Secretarios Judiciales*, Vol. III, Madrid, 2003, págs. 129-148.

<sup>868</sup> La iniciación de los procedimientos civiles a que se refiere el mismo precepto están invocando ya la necesaria actuación judicial respecto del menor ante la concurrencia de las circunstancias referidas que le afectan, en un procedimiento en el que la reprochabilidad del menor, con participación de sus representantes legales o de la Entidad Pública de Protección de Menores, y su posterior seguimiento, ya se ha puesto de manifiesto o debe reputarse inexigible, por lo que la invocación de una posterior medida terapéutica debe considerarse reiterativa de un concepto y de una actuación que ya ha debido reconocerse y darse cauce, o bien, no ha existido, en cuyo caso carece de fundamentación. Cfr. **DIAZ CAPP**, “Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., pág. 586.

Así pues, la Ley insta un tratamiento cautelar específico para los menores que, en el transcurso de la instrucción, quede suficientemente acreditado que se encuentran en algún supuesto de exención de la responsabilidad penal por enfermedad psíquica, drogodependencia, o alteración de la percepción (supuestos 1º, 2º, y 3º del art. 20. Código Penal)<sup>869</sup>. En estos casos, el artículo 29 ordena que se adopten las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor, conforme a los preceptos civiles aplicables, instando el Ministerio Fiscal, en su caso, las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, pero sin perjuicio de continuar la instrucción del procedimiento (art. 29)<sup>870</sup>.

Pero, para explicar mejor el contenido del artículo 29 citado, nos remitiremos al artículo 5º de la LORRPEME, que establece que los menores son responsables con arreglo a esa Ley cuando hayan cometido los hechos referidos en el artículo 1º de la misma, (procurándose así el principio de tipicidad), y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad penal, previstas en el Código Penal<sup>871</sup>. A pesar

---

<sup>869</sup> Con relación a los sujetos inimputables, las medidas aplicables a éstos y los principios que rigen en la práctica de estos casos ver **AGUIRRE ZAMORANO**, “Las medidas (Título Segundo, Artículos 7, 13, 14 y 15),” en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*. Madrid, págs. 93-101; **GÓMEZ COLOMER, CARBONELL MATEU, MENGUALL y LLOLI**, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos penales y procesales*, Madrid, 1987; así como **URBANO GÓMEZ**, “El concepto de incapaz del artículo 25 del nuevo Código Penal”, *La Ley*, No. 4857, 1999.

<sup>870</sup> Cfr. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de menores en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 60, Cuarto Trimestre, 2000, pág. 185.

<sup>871</sup> “En realidad esta situación, un tanto absurda, de exención de responsabilidad criminal de los menores de dieciocho años con arreglo al Código Penal, cuando no es cierto, ya que el presupuesto de su imputación se delimita por la realización de las conductas típicas recogidas en el Código Penal, aboca a contradicciones en el ordenamiento jurídico como la expresada, dado que si se llevará a sus últimas consecuencias el mandato del art. 5.1 de la LORRPEME en relación con el Capítulo II del Libro II del Código Penal, que trata de las causas que eximen la responsabilidad criminal, entre las que se encuentran ser menor de dieciocho años, no se podría exigir responsabilidad penal a ningún menor de dieciocho años”. V. **DOLZ LAGO**, “Cuestiones sobre la instrucción penal...”, op. cit., pág. 5657. “Desde esa perspectiva, se propone un concepto material de la culpabilidad, vinculado a la función motivadora de la norma penal. En efecto, ésta sólo puede dirigirse a individuos capaces de motivar su comportamiento de acuerdo con los mandatos jurídicos. Con lo que la motivabilidad, como capacidad para reaccionar frente a las exigencias normativas, sería la facultad humana que permite, en términos penales, la atribución de una acción a un sujeto, con la consiguiente afirmación de su responsabilidad. En consecuencia, la afirmación de responsabilidad criminal exige que el sujeto sea capaz de culpabilidad, que sea imputable. Si no tiene capacidad para ser motivado racionalmente por la norma, ésta no le puede exigir nada”, **TERRADILLOS BASOCO**, “Introducción a la teoría general...”, op. cit., pág. 34.

de lo anterior, los menores en quienes concurren las circunstancias previstas en los números 1º, 2º, y 3º, de ese Código, les serán aplicables en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d)<sup>872</sup> y e), de la presente Ley. Aunado a esto, el artículo 9 de la LORRPEME, refiere que no obstante lo establecido en el artículo 7.3<sup>873</sup>, la aplicación de las medidas se atenderá a las reglas que se señalan, y que, cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien

---

<sup>872</sup> El artículo 7 de la LORRPEME ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre en su apartado 1, letra d), sólo en el sentido de hacer referencia al internamiento terapéutico *en régimen cerrado, semiabierto o abierto*, manteniendo su misma descripción.

<sup>873</sup> La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha modificado el art. 9 de la LORRPEME en este apartado, en el sentido de regular que “No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas: 1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses. 2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando: a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o leyes penales especiales. b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas. c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades. 3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana. 4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado. 5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma”.

El art. 7.3 también modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, queda redactado a su vez de la siguiente manera: “Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el art. 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que se aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor”.

El numeral 4 del art. 7 dice lo siguiente: “El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas por la Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el art. 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones, pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiendo por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo”.

algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esa Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e), de la misma<sup>874</sup>.

Como es de observarse, la LORRPEME contempla que los menores en los que concurra alguna de las circunstancias previstas en ella<sup>875</sup> estarán exentos de responsabilidad penal, aunque también refiere que los menores que se encuentren en alguna de las circunstancias reguladas en los números 1º, 2º<sup>876</sup>, y 3º, del artículo 20 del Código Penal, se les aplicará las medidas especificadas, que son las de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio<sup>877</sup>. Sobre el particular, cabe señalar que conforme al artículo 20 del

---

<sup>874</sup> Para la determinación de cuales son las causas de exención de responsabilidad criminal a que se refiere el artículo 5.1 de la LORRPEME, habrá que estar al artículo 20 del Código Penal y no al artículo 19, ya que, aunque este último artículo se encuentra sistemáticamente encuadrado en el Capítulo II del Libro I del Código, relativo a las causas que eximen la responsabilidad criminal, al eximir de responsabilidad criminal con arreglo al Código a los menores de dieciocho años, no resulta de aplicación, dado que el párrafo 2º del mismo artículo 19 establece que: Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la Ley que regule la responsabilidad penal del menor. En cuanto a las causas previstas en los números 1º (anomalía o alteración psíquica inhabilitante), 2º (intoxicación plena o síndrome de abstinencia), y 3º (alteraciones de la conciencia de la realidad), el artículo 5.2 de la LORRPEME, admite, en caso necesario, que no se archiven las actuaciones de la Fiscalía, sino que se insten -se entiende que después de la correspondiente audiencia ya que tienen que ser impuestas por el Juez de menores- las medidas de internamiento terapéutico y de tratamiento ambulatorio. Cfr. **DOLZ LAGO**, “Cuestiones sobre la instrucción penal...”, op. cit., págs. 5657-5658.

<sup>875</sup> Como se ha apuntado, dentro de dichas circunstancias se contemplan las anomalías o alteraciones psíquicas que impidan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; la influencia de determinadas sustancias o drogas, o que se encuentre bajo la influencia de un síndrome de abstinencia a causa de la dependencia de tales sustancias, que imposibilitan la comprensión de la ilicitud del hecho, o bien actuar conforme a esa comprensión; la alteración grave de la conciencia de la realidad.

<sup>876</sup> El Código Penal en su artículo 87 contempla el supuesto de los que han cometido el delito a causa de su dependencia de sustancias tóxicas (enumeradas en el numeral 2 del art. 20), permitiendo la suspensión de la condena si no excede de tres años si se dan ciertas circunstancias; la LORRPEME sólo admite la suspensión si la medida no excede de dos años, no pareciendo posible la extensión de este artículo del Código Penal a la misma, aunque existen internamientos que pueden alcanzar hasta cinco años. Cfr. **DOLZ LAGO**, “El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 522-523.

<sup>877</sup> El internamiento terapéutico y el tratamiento ambulatorio se contemplan, respectivamente, en los apartados d) y e) del art. 7.1. Se trata de medidas pensadas para los casos en que los adolescentes presentan problemas psicológicos, psíquicos, o de drogodependencia, diferenciándose dichas medidas entre sí por el régimen en que se encuentra el menor. Dado el espíritu de la Ley, tanto en una como en otra modalidad, deberá tenerse especialmente en cuenta la necesidad de no impedir al menor realizar con normalidad actividades tales como la educación o el disfrute de un tiempo de ocio, evitando, una vez más, la ruptura con su vida familiar y social. Cabe señalarse que en las medidas de seguridad están presentes, de forma exclusiva, intereses preventivo-especiales de recuperación, y tratamiento del menor infractor. Con ellas, en efecto, se trata de atender a una minusvalía o alteración psíquica o psicológica, algo para lo que única y exclusivamente pueden

Código Penal, las personas mayores de edad penal, que en el momento de la comisión del delito tengan problemas de salud mental, o se encuentren en un estado de intoxicación plena, por consumo o adicción a bebidas alcohólicas, drogas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas; situaciones que llevan a la incompreensión de la ilicitud del hecho o actuar, se les aplicará en su caso, las medidas de seguridad previstas por el mismo código. Pero, en el caso de los menores, al parecer existe una confusión entre las medidas a imponerles a éstos y las medidas de seguridad<sup>878</sup>, dado que si en el sistema penal de adultos, existen penas y medidas de seguridad para imponer<sup>879</sup>, no se puede decir que también las haya en el sistema penal de menores, ya que en éste sólo se puede hablar de medidas<sup>880</sup>.

Debemos tener en cuenta que la pena como manifestación característica del ordenamiento represivo, incluye todos los tipos de puciones. Pretender que las llamadas medidas correctivas, correccionales o de seguridad, no se encuentran cubiertas en la

---

venir en consideración los intereses de aquél. Cfr. **GOMÉZ RIVERO**, “La nueva responsabilidad penal del menor: Las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal*, Enero, 2002, pág. 22. Ya desde el artículo 7 PLORRPM de 1998 se preveía el internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio, medida única adoptada, o como complemento de otra. El citado precepto establece que en cualquier caso deben aceptarse voluntariamente por la persona. En caso contrario, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada, aunque hay que recalcar que en los supuestos de inimputabilidad, éstas son las únicas medidas aplicables reguladas por la Ley. Cfr. **ETXEBARRIA ZARRABEITIA**, “La responsabilidad penal de niños y jóvenes”, en *Sentencias de tribunales superiores de justicia y audiencias provinciales y otros tribunales*, Volumen V, Tomo IV, Editorial Aranzandi, 1999, pág. 191.

<sup>878</sup> Serían irresponsables respecto a esta Ley los menores incurso en alguna de estas causas, puesto que para ellos prevé el artículo 5.2 de la LORRPEME la aplicación de medidas de naturaleza terapéutica (medidas que son incluidas en el propio texto legal con idéntico carácter a las demás, sin privárseles de su naturaleza penal, ni configurarlas como medidas de seguridad). V. **MARTÍN RIOS**, “La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003, págs. 187-188.

<sup>879</sup> “Centrándonos en el sistema de sanciones que establece el Código Penal, vemos como nuestro sistema penal no se limita a una posible sanción, sino que conforma un sistema dualista de sanciones penales, esto es, ante la comisión de un hecho delictivo se prevén dos posibilidades: una pena o una medida de seguridad.... El campo de aplicación de una u otra sanción dependerá de la comisión de un delito en el caso de la pena, y de la peligrosidad social en el caso de la medida de seguridad”, **GALVÁN APARICIO**, *Introducción a las consecuencias jurídicas...*, op. cit., pág. 133.

<sup>880</sup> No se entiende muy bien como podrá imponerse una medida a un menor que si se encuentra en una de las circunstancias del art. 20.1, 2 o 3 del Código Penal, es porque está exento de responsabilidad penal. El art. 29 parece estar influido por la antigua ideología tutelar, y la mezcla que se producía entre cuestiones de protección y penales de menores. Además hay que tener en cuenta que las medidas que se pueden adoptar en el ámbito de menores nada tienen que ver con las medidas de seguridad que regula el Código Penal, y para cuya imposición hay que estar a unos criterios de peligrosidad del sujeto (art. 6 CP), que están muy alejados de los fines de actuación de esta jurisdicción de menores. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento de menores”, en *La responsabilidad penal de los menores: Aspectos sustantivos y procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 215.

categoría de pena, sería, so pretexto de su gravedad menor (si ello se puede sostener), colocarlas fuera de las garantías mínimas, con lo que se llegaría al absurdo de que una conducta estimada menos atentatoria contra un bien jurídico protegido podría tener un castigo mayor. Razonamiento válido para el caso de la legislación de menores y de otras, las cuales a fortiori, deben encontrarse sometidas a los mismos principios<sup>881</sup>.

Parece que el legislador, siguiendo el modelo penal ha querido, que al igual que en el Código Penal existe una respuesta frente a los autores de delitos que están exentos de responsabilidad penal, respuesta que viene dada por las medidas de seguridad penal, también la legislación penal juvenil ofrezca una respuesta frente a los menores no responsables de sus actos. Y como las medidas previstas en la Ley tienen un eminente componente educativo y de protección, ha pensado que también sirven para los menores exentos de responsabilidad penal a modo de medidas de seguridad. Tal vez en el fondo late el desasosiego por no tener una réplica que la sociedad perciba como sancionadora, frente a los menores que puedan cometer un delito grave en situación de exención de responsabilidad absoluta<sup>882</sup>.

Resulta ilógico que una persona, en este caso el menor, que se encuentra exenta de responsabilidad penal por las circunstancias referidas, se le aplique alguna de las medidas referidas por el art. 7 de la LORRPEME, aunque se alegue el objetivo “terapéutico”<sup>883</sup>. En

---

<sup>881</sup> Cfr. **THOMPSON, J.**, *Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia...*, op. cit., pág. 20.

<sup>882</sup> V. **GÓMEZ RECIO**, *Medidas cautelares en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores...*, op. cit., págs. 64-65.

<sup>883</sup> Es también aquí cuando el legislador vuelve a poner de manifiesto el énfasis protector de la Ley, no sin antes incurrir en cierta contradicción con el principio de legalidad, pues acertadamente, permite la aplicación de medidas terapéuticas previstas en la LORRPEME, a quien sin duda debe haberse comprobado que ha cometido una infracción penal, pero habiendo establecido previamente (párrafo 1º del art. 5) que dicha persona no tendría que haber sido considerada responsable penalmente a los efectos de la misma Ley. Y es que dicho precepto al afirmar que los menores serán responsables con arreglo a esta Ley y añadir seguidamente que siempre que no concurra en ellos ninguna de las causas de exención de la responsabilidad criminal prevista en ese artículo, esta poniendo de manifiesto que aquellos menores en quienes concurra alguna de estas causas de exención, deberían desde el principio y no como secuela del hecho delictivo, quedar al margen de la aplicación de cualquiera de sus medidas. Podría optarse por el factor corrector de establecer un compromiso de valoración extraprocésal de la situación del menor que pudiera hallarse en estos supuestos, que impida el inicio de la mecánica del procedimiento, y su tratamiento, también extraprocésal, mediante

efecto, las medidas contempladas para los menores son diferentes a las medidas de seguridad reguladas por los artículos 6º y 95 del Código Penal, ya que éstas últimas constituyen una respuesta frente a la peligrosidad del autor<sup>884</sup>, enfocada a la probabilidad de la comisión de futuros delitos, siendo diferentes a las medidas estipuladas para los menores, cuya base es procurar ante todo, el interés superior de éste. Así también observaremos que las medidas de seguridad<sup>885</sup> y las medidas establecidas para los casos de menores, entrañan respuestas diferentes, ya que si las primeras son una respuesta por la peligrosidad de su autor que pudiera desembocar en la comisión de futuros delitos, las segundas las están

---

parámetros de protección social. V. **DIAZ CAPPA**, *Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...*, op. cit., págs. 532-533.

<sup>884</sup> En la teoría del delito, en los sujetos la culpabilidad como tercer elemento del delito no se cumple y entra en juego el mecanismo penal de aplicación de una medida de seguridad, por lo que la pena entendida en sentido estricto como tal, no se aplica, al menos directamente. Por lo tanto, el supuesto de hecho de la medida de seguridad es doble: por un lado, se exige que el sujeto que ha cometido un delito esté comprendido en una categoría determinada de personas, y por otro lado, es necesario que se aprecien en el sujeto la peligrosidad criminal. Cfr. **GALVAN APARICIO**, *Introducción a las consecuencias jurídicas del...*, op. cit., pág. 139.

<sup>885</sup> Según el art. 96 del CP las medidas de seguridad, que se pueden imponer con arreglo a este código, son privativas y no privativas de libertad. Las medidas de seguridad privativas de libertad son: el internamiento en centro psiquiátrico; el internamiento en centro de deshabitación; y el internamiento en centro educativo especial (art.96.2 CP). La medida de internamiento en centro psiquiátrico no se recoge expresamente en ninguno de los supuestos previstos en el CP (arts. 101 y 104 CP) para aplicar medidas de seguridad. Cabe entender que se refiere a la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado (centro psiquiátrico) al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (arts. 101 y 104 CP), aplicable a los inimputables (art. 20. 1 CP) y semiimputables (art. 21.1 en relación con el art. 20.1 CP). La medida de internamiento en centro de deshabitación está prevista para los exentos de responsabilidad criminal, conforme al art. 20.2 CP (por encontrarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o por hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia). La medida de internamiento en un centro educativo especial que es aplicable a los inimputables conforme al art.20.3 CP y a los semiimputables relacionados con tal situación, de tener alterada gravemente la conciencia de la realidad (arts. 103 y 104 CP). Se trata de una medida de marcado carácter pedagógico encaminada a cubrir el déficit de instrucción del sujeto sometido a la misma, y se entiende que se llevará a cabo en unidades extrapenitenciarias (art. 182 RP). Las medidas de seguridad no privativas de libertad son las recogidas en los arts. 96.3 y 105 del CP. Solo son aplicables, al igual que las medidas privativas de libertad, a los sujetos inimputables y a los semiimputables. El art. 96.3 CP recoge las siguientes medidas no privativas de libertad: la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares; la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores; la privación de licencia o del permiso de armas; la inhabilitación profesional; la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España; y las demás previstas en el art. 105 de éste código. V. **BARREIRO**, “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en *La reforma de la justicia penal*, Col·leccio Estudis Jurídics, No.2, Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997, págs. 110- 111.



regulando como una reacción ante la culpabilidad del menor, aunque se le de un “enfoque educativo”, sin dejar de mencionar que no existe tal culpabilidad<sup>886</sup>.

De acuerdo a la LORRPEME, al menor se le exige responsabilidad penal, por lo que se le somete a un procedimiento de menores (jurisdicción especializada), ya que goza de la capacidad de comprender el ilícito, y actuar conforme a esa capacidad de comprensión, considerándose por consiguiente, imputable<sup>887</sup>. Si no gozara de la misma, estaríamos ante la presencia de “ausencia de capacidad de culpabilidad” y, por consiguiente, no debería operar la aplicación de alguna de las medidas referidas en el artículo 7 de la LORRPEME, a pesar de la finalidad terapéutica o benéfica para el menor<sup>888</sup>. Aunado a ello, el artículo 5.2 de la Ley que nos ocupa abre la posibilidad de imponer a un menor una medida privativa de libertad como es el internamiento en un centro terapéutico, a pesar de encontrarnos ante esas circunstancias eximentes. Comparando el proceso penal de los adultos, si la pena que se les impone por la comisión del delito no es privativa de libertad, no puede aplicárseles alguna medida de seguridad privativa de libertad, supuestos regulados por los artículos 95.2, 96 y 105 del Código Penal, en los cuales además se establece quién va a adoptar esa

---

<sup>886</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 167-168. Las formulaciones doctrinales más consolidadas vienen considerando al delito, como comportamiento humano, activo u omisivo, típico, antijurídico y culpable. Por su parte, y como herencia de la sistemática que en su momento propusiera el finalismo, se entiende que dolo e imprudencia integran el tipo subjetivo. La ausencia de cualquiera de los elementos del delito determina la inexistencia de éste y, en consecuencia, la imposibilidad de exigir responsabilidad criminal, que es el efecto fundamental de las diferentes causas de justificación y de exclusión de la culpabilidad. V. **TERRADILLOS BASOCO**, *Introducción a la teoría general del...*, op. cit., pág. 45.

<sup>887</sup> La culpabilidad es presupuesto de la responsabilidad y se afirma sólo cuando el autor estaba en disposición –cultural y anímica- de recibir la llamada de la norma, y sólo, una vez constatada ésta, los fines preventivos decidirán si se debe hacer al sujeto responsable por lo que ha hecho. V. **TERRADILLOS BASOCO**, *Responsabilidad penal de los...*, op. cit., pág. 33.

<sup>888</sup> Para **DÍAZ CAPP**A, el acercamiento que se ha querido dar en el artículo 5 de la LORRPEME a lo dispuesto en el último párrafo del art. 20 del Código Penal, cuando viene a permitir la aplicación de las medidas de seguridad previstas en el mismo a los adultos infractores, en quienes se aprecia algunas de las causas de exención que aquel relaciona, no es real, ya que la invocación de los arts. 101 y siguientes del Código Penal, parten de una constatación exhaustiva, no sólo de la existencia de la causa de inimputabilidad, sino del hecho criminal en sí mismo tras un proceso judicial adhoc y culminado en todas sus fases. Sin embargo, cuando a menores se refiere, y partiendo de la necesidad de abordar su interés superior, el art. 5 viene a pretender, fundamentalmente, una comprobación previa a todo ese proceso que, precisamente, tienda a impedirlo por su innecesariedad, centrando el ámbito de actuación en la constatación de una anomalía física o psíquica, permanente o transitoria, de ineludible apreciación y que hace que el mismo ya no sea responsable con arreglo a esta Ley. V. **DÍAZ CAPP**A, *Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...*, op. cit., pág. 533.

medida, en qué condiciones, y el límite de tiempo; situación que no ocurre en la LORRPEME<sup>889</sup>, ya que no señala las especificaciones citadas, amén de que no se contempla dicha limitación<sup>890</sup>. De esa forma veremos que también se atenta contra el principio de proporcionalidad regulado por el mismo artículo 8º de la LORRPEME, toda vez que si a un adulto no le puede haber correspondido por los mismos hechos, una medida de seguridad “privativa libertad”, menos debería corresponderle a un menor (al sometersele a internamiento terapéutico), situación que como se ha expuesto se pasa por alto en la Ley de menores<sup>891</sup>.

Asimismo, observamos que en el artículo 9.7<sup>892</sup> de la LORRPEME, se reitera lo establecido en el artículo 5.2 de dicha Ley, en el sentido de la aplicación de medidas de internamiento en centro terapéutico y tratamiento ambulatorio a menores<sup>893</sup>, a pesar de que en ellos concurren circunstancias eximentes. Con lo anterior se pone en peligro los principios de seguridad jurídica y legalidad, ya que como hemos afirmado, para la aplicación de dichas medidas tiene que existir responsabilidad penal, que en éstos casos, por concurrir esas circunstancias excluyentes o eximentes, no existe.

Una de las posibles vías de aplicación en los asuntos de menores en los que se presenten este tipo de problemas, consistentes en enfermedades mentales, intoxicaciones, adicciones o acciones involuntarias, es la de recurrir a los ordenamientos legales existentes

---

<sup>889</sup> El reglamento de la LORRPEME en sus artículos 16 (tratamiento ambulatorio) y 27 (internamiento terapéutico), hace algunas referencias para la aplicación de estas medidas en particular; sin embargo, no se establece el límite de tiempo de duración de las mismas, ni se hace una descripción completa de las condiciones de tales medidas.

<sup>890</sup> V. APARICIO BLANCO, *Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de menores en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores...*, op. cit., págs. 186-187.

<sup>891</sup> Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 167-168.

<sup>892</sup> La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, también ha modificado el art. 9 de la LORRPEME en este apartado, quedando regulado ahora lo antes descrito en el apartado 5 del mismo artículo 9.

<sup>893</sup> Para tener una visión más amplia respecto a que consisten las medidas de internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio y el tipo de personas a quienes se aplica se puede ver GONZÁLEZ TASCÓN, “Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Revista de Derecho Penal*, No. 16, Septiembre, 2005, págs. 48-60.

especialmente para su protección<sup>894</sup>. En efecto, los casos de menores citados, no debieran tramitarse en la forma prevista por la LORRPEME, toda vez que existen cursos legales y soluciones expresas como las establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>895</sup> y en la Ley de Protección Jurídica del Menor, que tratan los aspectos como los de menores que presentan alteraciones mentales y que requieren de tratamiento especializado, independientemente de que hayan cometido, o no, algún ilícito penal, dejándose esos casos fuera del proceso penal; además de considerarse los criterios establecidos por las legislaciones de carácter internacional, como son las Reglas de Beijing, la Convención sobre los Derechos del Niño y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad.

En tal virtud, consideramos que la exención de responsabilidad de menores debe serlo en todos los efectos, sabiendo que existen ordenamientos jurídicos como los antes referidos, que regulan la protección de éstos, y que pueden ser aplicados a éste tipo de asuntos, evitando así proceder a lo establecido por la LORRPEME, que atenta contra los principios de legalidad, igualdad, intervención mínima y el mismo interés superior del menor<sup>896</sup>.

---

<sup>894</sup> Si estos menores son inimputables quizás cupiera plantearse la posibilidad de no aplicar la medida, pues lo contrario podría vulnerar el principio de proporcionalidad, en cuyo caso se instarían los mecanismos de protección previstos en el Código Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en otras disposiciones legales existentes al respecto. V. **CARMONA SALGADO**, “Las medidas y sus criterios de determinación de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 929.

<sup>895</sup> Los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan los procesos sobre la capacidad de las personas, y entre los que se reconoce la posibilidad de adopción de las medidas cautelares necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz, y puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, en su caso, la incapacitación, siendo posible la invocación judicial de dichas medidas por parte del Ministerio Fiscal, así como de oficio, o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento (art. 762 LEC) y, asimismo, recoge los supuestos de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC). El art. 757.4 LEC establece que no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, vetando así la posible iniciativa del Ministerio Fiscal en ese sentido, pero no la posibilidad de la invocación de las posibles medidas cautelares previstas en el art. 762 LEC, ni su participación en los supuestos de internamientos por razones de urgencia.

<sup>896</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de Menores...*, op. cit., págs. 309. En estos casos el Ministerio Fiscal debe instar la incapacitación o la constitución de organismos tutelares, sin perjuicio de concluir el expediente y solicitar en su caso una medida terapéutica adecuada a las necesidades del menor. V. **LASTRA DE INÉS**, “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales...”, op. cit., pág. 228. Sobre este tema se puede ver también **PERDIGUERO BAUTISTA**, “El internamiento por

Finalmente, el artículo 29 de la LORRPEME<sup>897</sup>, faculta al Fiscal para que, si durante el transcurso de la instrucción se acredita que un menor se encuentra en alguna de las circunstancias de exención de responsabilidad, adopte medidas cautelares para su protección y custodia, conforme a los preceptos civiles aplicables<sup>898</sup>. Sin embargo, se expone que podrá concluir la instrucción solicitando la aplicación de alguna medida terapéutica para el menor<sup>899</sup>. La solución para este tipo de asuntos, incluyendo el aspecto de

---

razón de trastorno psiquiátrico tras la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, No. 3, 1996, págs. 1447-1450.

<sup>897</sup> Dicho artículo refuerza lo establecido por los artículos 5º y 9º de la LORRPEME, ya desarrollados.

<sup>898</sup> ¿Qué medidas de este tipo podrían imponerse cautelarmente a los menores exentos de responsabilidad, respecto de los cuales se sigue el proceso para la imposición futura de una medida conforme a la LORRPEME? Según el tenor literal del artículo 29 de dicha Ley, ninguna de las previstas por la misma. El artículo 29 de la LORRPEME, se refiere expresamente a las medidas cautelares precisas para la protección y custodia, lo cual es importante conforme a los preceptos civiles aplicables El art. 158 del Código Civil, art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, arts. 14, 16 y 17 de la Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor. (El Fiscal tiene un importante papel a la hora de promover estas medidas civiles de protección, sin embargo, esto no es así en cuanto a la promoción de la incapacitación del menor que sólo le corresponde a quien ejerce la patria potestad o la tutela según el art. 757.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por tanto este precepto no se está refiriendo a las medidas cautelares del art. 28. Y es lógico que ello sea así porque en los casos de exención de responsabilidad, básicamente enajenación mental, intoxicación plena, y alteraciones de la percepción, no parece que tenga mucho sentido una medida cautelar que venga a garantizar el proceso, que no pelagra, ni una medida cautelar que venga a preservar el éxito de la futura medida, porque tampoco esta futura medida parece que tenga mucha razón de ser una vez adoptadas las medidas de protección civiles, pues recordemos que estamos hablando de exención completa de responsabilidad, y que la medida tiene una función sancionadora-educativa. V. **GÓMEZ RECIO**, “Medidas cautelares en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., págs. 612-613. La consideración del internamiento terapéutico dentro del ámbito del art. 28 referido por la LORRPEME, no puede responder sino a criterios de subsunción del menor en un proceso psíquico o de adición de ineludible intervención con cualquier otro criterio jurídico para su adopción, cuya ausencia, en los términos de este precepto, podrían hacer inviable la aplicación de la medida cautelar, y que hacen necesaria la intervención de la Entidad Pública de Protección de Menores o en su caso, la aplicación de los criterios del art. 29. de la Ley, esto es, la adopción de las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso, las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho. Este precepto se hace difícil compaginarlo con la propia naturaleza de una medida cautelar del proceso penal de menores, pues su justificación responde, simplemente, a las propias de su aplicación en el procedimiento civil correspondiente, y la normativa protectora en general, y no en su referencia al hecho delictivo. Su redacción debería ser ajena al carácter de medida cautelar en sí misma considerada, e incluirse como decisión de actuación legal ya constatada, ante los casos de enajenación mental o cualquiera de las otras circunstancias eximentes previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal. V. **DÍAZ CAPPÀ**, *Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...*, op. cit., págs. 584-585.

<sup>899</sup> La adopción de la medida no pone fin a la intervención del Juzgado de Menores, que seguirá conociendo del procedimiento principal, en cuyo seno aquélla se tomó hasta su conclusión por sentencia, que de declarar la participación del menor en los hechos delictivos enjuiciados, dará lugar a la imposición de medidas terapéuticas que, en esencia, tendrán la misma finalidad que las de protección acordadas con carácter cautelar. Cfr. **APARICIO BLANCO** *Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...*, op. cit., págs. 189-190.

la solicitud de medidas cautelares en caso de necesitarse éstas, es que si todo lo referido está previsto en la legislación civil, no cabe aplicar la justicia penal para una cuestión que ya sería ajena a su ámbito<sup>900</sup>. Pero ello tendrá que ser valorado por el Ministerio Fiscal, a la hora de emitir su determinación en dichos asuntos<sup>901</sup>.

### 1.5. La falta de petición de apertura de audiencia

(Artículos 30 y 31 de la LORRPEME)

Este supuesto lo encontramos situado entre la fase intermedia y la fase de audiencia. El artículo 30 de la LORRPEME, señala que acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, aunado del escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, y la proposición de alguna medida de las previstas en la Ley citada, con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, así como propondrá en el mismo acto, la prueba de que intente valerse para la

---

<sup>900</sup> Los internamientos de carácter terapéutico y los tratamientos ambulatorios, sin perjuicio de su posible carácter complementario de otras medidas de internamiento, tienen su fundamento especial en unas necesidades concretas y específicas del menor de trastornos psíquicos o adictivos, que se alejan bastante de su proyección penal y de su naturaleza de tal, respecto de las que existen mecanismos protectores-civiles-sanitarios más que suficientes en los que, por su propia consideración, viene a estar implicada la función preventivo-especial que la Ley maneja, y que extienden su contenido y objeto, no ya sólo a la urgencia y perentoriedad de la medida cautelar en sí misma, sino a las posibles exigencias definitivas de reprochabilidad de la acción. V. **DIAZ CAPPA**, *Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...*, op. cit., pág. 589.

<sup>901</sup> Mientras que en el proceso de adultos la concreción del hecho punible es factor esencial para la determinación de una pena, que al concluir una circunstancia específica en el interesado, viene a ser sustituida por la medida adecuada, en el proceso de menores, en el que la medida (pena), no busca sino el interés del menor, y en sí misma un factor de protección que ya se ha constatado y se ha puesto en marcha en virtud de dicha naturaleza, y como consecuencia de la obligación asistencial de los poderes públicos, hace innecesaria la búsqueda de su reafirmación mediante todo un proceso posterior culminado en una sentencia en la que la medida que se aplicare no sería sino aquello que ya se había deducido de antemano y puede llevarse a cabo mediante los mecanismos protectores existentes. *Ibidem*; op. cit., pág. 533.

defensa de su pretensión social, y la participación de personas que puedan aportar al proceso elementos valorativos.

Asimismo, el artículo 31 de la LORRPEME<sup>902</sup> establece que, recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos procesales remitidos por el Ministerio Fiscal, el Juzgado de Menores los incorpora a sus diligencias y se procede a abrir el trámite de audiencia<sup>903</sup>.

Así pues la LORRPEME no contempla que el Ministerio Fiscal deba solicitar de manera expresa la apertura de la audiencia, ya que sólo refiere los elementos que debe contener la remisión del expediente, y los requisitos del escrito de alegaciones, pero en ningún momento hace mención de que dicho funcionario debe solicitarla de esa forma<sup>904</sup>, originándose con esto que sea el Juez de menores quien tenga que abrir dicha fase procesal sin que nadie se lo pida<sup>905</sup>, situación que podría considerarse inconstitucional, además de ir

---

<sup>902</sup> Dicho artículo ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el Secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el Secretario Judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil, para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el Secretario Judicial dará traslado de todo lo actuado al Letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

<sup>903</sup> Como se observa la apertura de la audiencia aparece en la Ley como un trámite automático, acordándola el Juez por auto. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ** *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 318. En Alemania ha existido un estudio por parte de la doctrina de la trascendencia de residenciar en el órgano instructor o en el órgano que va a enjuiciar las actuaciones, la decisión de la apertura del juicio oral, para lo cual ROXIN señala los importantes efectos que se desprenden de este problema, proponiendo de manera similar a la que existe en los países anglosajones, una reforma del sistema procesal penal alemán, y la creación de un Juez o Tribunal de Apertura diferente del órgano sentenciador, que sería el competente para resolver sobre la procedencia de la acción penal a la vista de la instrucción practicada por el Ministerio Fiscal, lo cual aseguraría la imparcialidad del órgano juzgador. V. **ROXIN**, *Die reform der hauptverhandlung in deutschen strafproceB*, en *Prblme der trafprozeBreform*, Berlín, 1975, págs. 52 y ss.

<sup>904</sup> Sorprende que el legislador no haya reconocido expresamente el que en el escrito de alegaciones, el Fiscal tenga que formular la petición expresa de apertura de audiencia, cuando así se establecía en la regla 8ª del art. 15 de la LORCPJM, en concordancia con la legislación procesal penal de la LECRIM. Cfr. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad del menor...*, op. cit., pág. 162.

<sup>905</sup> En la LORRPEME no hay ninguna referencia a la petición expresa de la apertura de la audiencia, y sólo el art. 31 denominado Apertura de la fase de audiencia, determina que el Juzgado de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia. *Ibidem*; op. cit., pág. 163. Por lo tanto, este precepto parece configurar la apertura de la audiencia como un trámite automático, donde el Juez una vez oída la defensa, podría no obstante acordar el

en contra de los principios acusatorio y de imparcialidad que giran entorno a las actividades y facultades del Juez de menores.

La petición de apertura de audiencia en el procedimiento penal de adultos, se sustenta con lo referido en el artículo 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que refiere que solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción, la acordará<sup>906</sup>. Pero es el proceso penal de menores, como se ha indicado, la apertura de la fase de audiencia<sup>907</sup> parece un trámite automático, que realiza el Juez de menores, acordándolo mediante auto, una vez recibido el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, de acuerdo como lo señalan los artículos 30 y 31 de la LORRPEME.

En el procedimiento de adultos en la etapa conocida como fase intermedia, el Juez de Instrucción es el competente para acordar la apertura del juicio oral; sin embargo en el proceso penal de menores en donde la instrucción corresponde exclusivamente al Ministerio Fiscal, la competencia para decretar la apertura de la audiencia se atribuye al Juez de menores. Tal situación supone una quiebra del principio acusatorio, toda vez que la fase preparatoria de la audiencia y en especial la decisión sobre apertura queda en manos

---

sobreseimiento y la práctica de diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal al Letrado Defensor (Art. 33 LORRPEME), o dictar sentencia de conformidad (Art. 32 LORRPEME). Tal regulación procedimental difiere de la existente en cualquiera de los procedimientos penales. No se trata de una mera alteración de los actos que admite variaciones, sino se trata de una modificación absoluta del significado del auto de apertura del juicio oral. Cfr. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *La fase intermedia en el proceso de menores...*, op. cit., págs. 750-751.

<sup>906</sup> En el proceso penal de adultos, el auto de apertura del juicio oral supone una valoración sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos y jurídicos, requeridos para el enjuiciamiento, y se presenta siempre como una resolución alternativa al procedimiento. De hecho si bien existe un caso en el que se prevé la posibilidad de dictar auto de sobreseimiento con posterioridad a la apertura del juicio oral, los motivos nunca tienen relación con los mencionados presupuestos. La apertura del juicio oral constituye en todo caso el límite de determinación del objeto del proceso, de modo que no está permitida ya la incorporación de nuevo material fáctico, quedando igualmente excluida la práctica de diligencias de investigación. Ibidem; op. cit., pág. 751.

<sup>907</sup> Existen algo más que indicios de que estamos ante un error y no ante una opción legislativa cuyo origen pueda encontrarse en alguna de las especialidades del proceso. Basta con considerar que, con posterioridad a esa pretendida apertura de la audiencia, se prevé en el art. 34 de la LORRPEME otra resolución denominada precisamente auto de apertura de la audiencia. Con esa interpretación resulta igualmente ininteligible el art. 33 de la LORRPEME, especialmente la resolución de archivo del apartado c), pues no se entiende como puede haberse abierto la fase de audiencia cuando el Fiscal ha solicitado el sobreseimiento. Ibidem; op. cit., pág. 752.

del Juez de menores, autoridad que tiene que llevar a cabo el definitivo enjuiciamiento de los hechos. El principio acusatorio<sup>908</sup> que la Constitución consagra y que a su vez es asumido por el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, participa entre otros de un presupuesto fundamental en el que el Juez o tribunal encargado del juicio y de dictar sentencia, no tenga intervención en la instrucción o en la preparación de la causa, y que ni siquiera sea él quien haya de pronunciarse sobre la procedencia de conceder el juicio, resolviendo sobre el llamado juicio de la acusación previa al fondo, a fin de que el Juez que vaya a juzgar se mantenga en la mas absoluta imparcialidad. Como vemos en la LORRPEME, es el Juez de menores quien debe realizar los actos esenciales de la fase de preparación, y lo peor, quien tiene que decidir sobre la celebración de la audiencia a la vista del material aportado por el Ministerio Fiscal, de su petición contenida en el escrito de alegaciones, decisión que sin duda conlleva un juicio previo que podría incidir en su imparcialidad a la hora de pronunciarse sobre el fondo y dictar sentencia<sup>909</sup>.

---

<sup>908</sup> Con relación al principio acusatorio el Tribunal Constitucional tiene declarado en sentencia 186/1990 que: Es indudable, por ello, que en el procedimiento abreviado la decisión judicial acerca de la apertura, o no, del juicio oral se adopta después de que se haya formulado acusación (art. 790.6 de la LECrim) como una manifestación mas del sistema acusatorio al que responde el nuevo proceso (no proceda iudex ex officio), por lo que no puede atribuirse al auto de apertura del juicio naturaleza inculpatoria similar a la del auto de procesamiento en el procedimiento común. Es cierto que la Ley concede al Juez de Instrucción no al órgano de enjuiciamiento la facultad de controlar la consistencia o solidez de la acusación que se formula, pues como queda dicho el artículo 790.6 de la LECrim, tras enunciar la regla general de la vinculación del instructor con la petición de apertura del juicio, permite al Juez denegar la apertura del juicio en dos supuestos a saber: cuando el hecho no sea constitutivo de delito, o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyos casos acordará el sobreseimiento que corresponda. Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral –en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada- de existir, en un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía constitucional, no de acusación... En este sentido no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, función que en el proceso común se realiza a través del procedimiento penal abreviado, suprimido el procedimiento, dicha función debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial, pues, de lo contrario, las partes acusadoras, públicas o privadas, serían enteramente dueñas de dirigir la acusación contra cualquier ciudadano, confundándose el principio acusatorio, con el dispositivo, con sustancial merma de las garantías de la defensa, permitiéndose en definitiva, que personas inocentes pudieran verse innecesariamente sometidas a la penalidad de la publicidad del juicio oral

<sup>909</sup> Cfr. **TORRES ANDRÉS**, *La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador...*, op. cit., págs. 111-112.



Con apoyo a lo referido por el ordenamiento legal citado, y con lo argumentado por los autores que tratan este aspecto<sup>910</sup>, consideramos que el Ministerio Fiscal al resolver la conclusión del expediente y remitir éste al Juzgado de Menores, deberá solicitar a su vez, de manera expresa la apertura de la audiencia, con el fin de respetarse los principios acusatorio y de imparcialidad respecto al Juez de menores.

#### **1.6. El quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad y su petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto**

(Artículos 8, 43 y 50 de la LORRPEME)

La anterior LORCPJM, no establecía nada respecto al supuesto del quebrantamiento de ejecución de medidas, presentándose en tal virtud, diversas interpretaciones las cuales iban desde la impunidad, hasta considerar que se estaba en el caso del quebrantamiento de medida, regulado por el Código Penal, en su artículo 468<sup>911</sup>. Sin embargo, a pesar de que ya existe regulación expresa sobre este supuesto en la actual Ley reguladora del procedimiento penal de menores, ésta no es del todo adecuada.

En efecto, el artículo 50.2 de la LORRPEME, establece que si el menor quebranta la ejecución de una medida no privativa de libertad, el Ministerio Fiscal puede instar del Juez de menores la sustitución de ésta por otra de la misma naturaleza y, excepcionalmente<sup>912</sup>, a

---

<sup>910</sup> **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad del menor...*, op. cit., págs. 162-163; **HERNÁNDEZ GALILEA**, *La fase intermedia en el proceso de menores...*, op. cit., págs. 750-752; **ORNOSA FERNÁNDEZ** *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 318; **TORRES ANDRÉS**, *La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador.*, op. cit., págs. 111-112.

<sup>911</sup> En este supuesto debería en todo caso adecuarse la tipificación del hecho como falta disciplinaria establecida reglamentariamente, con la sanción provisional y adecuada que se determine. Cfr. **SANTOLARIA FERNÁNDEZ**, “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores...”, op. cit., pág. 473.

<sup>912</sup> En definitiva por mucho que sea con carácter excepcional, este precepto autoriza en determinados supuestos una evidente *reformatio in peius* –en este caso la sustitución de una medida de medio abierto por

propuesta de dicho funcionario, podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto<sup>913</sup>, por el tiempo que reste para su cumplimiento<sup>914</sup>. Esté último

---

otra privativa de libertad-, lo que no es dable admitir. Cuando la norma legal que nos ocupa habla de medidas privativas de libertad, junto con la detención y las medidas cautelares de internamiento, se está refiriendo a cualesquiera de los internamientos en régimen cerrado, semiabierto y abierto a que se refiere las letras a), b) y c) del artículo 7.1 de la Ley, así como el internamiento terapéutico –letra d)- y a la permanencia de fin de semana en centro –letra g)-, cual se desprende del contenido del artículo 8. Cfr. **TORRES ANDRÉS**, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador...”, op. cit., pág. 140.

<sup>913</sup> El internamiento en régimen semiabierto implica la existencia de un proyecto educativo en cuyo marco, y desde el principio, los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad. Para ello, los menores sometidos a este tipo de internamiento residirán en el centro y estarán sujetos al programa y régimen interno del mismo, pero realizarán también fuera las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio que se proyecten. V. **HAVA GARCÍA y RIOS CORBACHO**, “Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 155-156.

<sup>914</sup> Con relación al quebrantamiento de la ejecución de medida, nos permitimos agregar la siguiente jurisprudencia en sus puntos más importantes, que aunque no trata específicamente del quebrantamiento de la medida no privativa de libertad, y de su petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto, ésta trata del quebrantamiento de ejecución de medida de internamiento en régimen de seguimiento en un centro. Con la que podremos tener una mejor idea de cómo se procede en estos casos. “Sentencia de 30 de septiembre de 2002, núm. 704/2002. Recurso de Apelación núm. 1095/2002. ANTECEDENTES DE HECHO... El Juez de lo Penal núm. 2... dictó sentencia...declarando probados los siguientes hechos...el acusado Ángel... quien se hallaba cumpliendo una medida de internamiento en régimen de seguimiento... fue trasladado... desde el citado centro hasta el hospital clínico para practicarle unas pruebas médicas... este huyó del hospital por una ventana. Al suceder los hechos el acusado sufría una disminución parcial de sus facultades mentales, por hallarse bajo el síndrome de abstinencia... La expresada sentencia en su parte dispositiva dice... absuelvo a Ángel G. G. del delito de quebrantamiento de condena... contra la misma se formalizó recurso de apelación... FUNDAMENTOS DE DERECHO... los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, son legalmente constitutivos de un delito de quebrantamiento de condena previsto y penado en el art. 468 del Código Penal... La Juzgadora de instancia sustenta la absolución del acusado razonando que...el acusado en el momento de la comisión de estos hechos había cumplido ya los dieciocho años de edad, debe tenerse en cuenta que lo quebrantado es una medida de las que establece la Ley 5/2000, de 12 de enero (RCL 2000, 90), Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores de edad, medidas de contenido y finalidad distintas a las contenidas en el Código Penal... Sin embargo, este Tribunal difiere de la motivación de la sentencia... Además, en el art. 50 de la Ley de Responsabilidad de los Menores que regula el quebrantamiento de la ejecución de medidas por los menores, en su núm. 1 el quebrantamiento de una medida privativa de libertad, y en su num. 2 si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, dispone en su núm. 3 que el Juez de Menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de algunas de las infracciones a que se refiere el art. 1 de la presente Ley Orgánica, y merecedora de reproche penal. Obviamente, si en la citada Ley se regula el quebrantamiento de medidas efectuado por los menores, previendo también en su num. 3 la posibilidad de que las conductas contempladas en los dos números anteriores pudieran ser merecedoras de reproche penal, carecería de sentido que si tal incumplimiento se llevara a cabo por personas mayores de edad, como sucede en el presente caso, el quebrantamiento de la medida no pudiese ser merecedor de tal reproche, posibilidad que se contempla para los propios menores. Por todo ello, el recurso debe ser estimado... concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal...ya que el acusado al tiempo de los hechos tenía parcialmente disminuidas sus facultades intelectivas y volitivas, por hallarse bajo el síndrome de abstinencia...” *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, 2002, Vol. IV, Primera Edición, Tomo VII, Thomson, Aranzandi, págs. 756-757.

supuesto, podría considerarse contrario a los principios acusatorio, de proporcionalidad y de legalidad<sup>915</sup>, que regulan los mismos artículos 8 y 43 de la Ley que nos ocupa<sup>916</sup>. En efecto, la mayoría de la doctrina que ha comentado este párrafo coincide en la dudosa constitucionalidad de esta excepción, ya que agrava la medida ya impuesta (STC 14-02-01 y 17-03-98)<sup>917</sup>.

Recordemos que el artículo 8 de la LORRPEME que contiene el principio acusatorio, también se encuentra relacionado con el principio de legalidad, en el sentido de que establece que la duración de las medidas privativas de libertad, no podrán exceder en ningún caso del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere

---

<sup>915</sup> Este supuesto “crea una “reformatio in peius”, no acorde con principios que la prohíben. Cfr. **DOLZ LAGO**, “El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas...”, op. cit., pág. 520. Asimismo ver **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor...*, op. cit., págs. 197-198. Se entiende que no cabe la reformatio in peius, una vez firme la medida acordada de internamiento en régimen abierto, no cabe pasarla a régimen semiabierto o cerrado, ya que no lo permite la santidad de la cosa juzgada, y lo antes dicho en relación a que los menores no pueden ser de peor condición que los adultos a la hora de aplicarles las garantías o derechos fundamentales en el proceso penal. En consecuencia, al menor que incumple la medida impuesta de internamiento en centro abierto o semiabierto, no se le puede por tal hecho agravar la medida, como propone la administración y convertir el internamiento en cerrado.

<sup>916</sup> No resulta muy comprensible lo dispuesto en el art. 50.2 de la LORRPEME, que admite la posibilidad de que el Juez de menores a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el Letrado y el representante legal del menor, así como el Equipo Técnico, en caso de quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, pueda sustituir ésta por la medida de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento. Norma ésta muy criticable por ir en contra del propio principio de legalidad que previamente proclama. Cfr. **MARTÍNEZ SERRANO**, “Principios sustantivos y procesales básicos...”, op. cit., pág. 33. En el caso de las medidas privativas de derechos que no suponen privación de libertad, el apartado 2 establece una regla que es contraria a los derechos y garantías reconocidos para el menor a lo largo del articulado de esta Ley, y que además vulnera de forma expresa y evidente el principio de proporcionalidad que contiene el artículo 8 y sobre todo, el principio de legalidad consagrado en el art. 43.1, por lo que, en definitiva, tiene visos de inconstitucionalidad. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 404. El art. 50 de la LORRPEME, no pondrá fin a ésta polémica, ya que si bien establece una regulación legal ante estos casos, distinguiendo entre las medidas privativas de libertad, o no, sigue manteniendo en la indefinición qué tipo delictivo cometerá el menor en caso de quebrantamiento. Por otro lado, al indicar que una medida no privativa de libertad puede modificarse, en caso de incumplimiento, por un internamiento semiabierto, crea una “reformatio in peius”, no acorde con principios que la prohíben. Cfr. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor...*, op. cit., pág. 198.

<sup>917</sup> V. **MENA ÁLVAREZ**, “Reglas para la determinación de las medidas aplicables: Modificación y sustitución de medidas”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 221-234.

impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, fuese sido declarado responsable de acuerdo con el Código Penal<sup>918</sup>.

---

<sup>918</sup> Al respecto agregamos la siguiente jurisprudencia, que trata del quebrantamiento de ejecución medida de internamiento en régimen semiabierto, observando que dichas medidas son consideradas privativas de libertad, lo que dio a su lugar la imposición de penas privativas de libertad, como consecuencia del quebrantamiento de las mismas, dándonos una idea de cómo opera el procedimiento penal en éstos casos, cuando se trata de una pena privativa de libertad de por medio. “Sentencia del 7 de febrero de 2003, núm. 52/2003, Recurso de Apelación núm. 1486/2002”... ANTECEDENTES DE HECHO... El Juez de lo Penal... dictó sentencia en el procedimiento que dimana este recurso, declarando probados los siguientes hechos... Benito, fue declarado autor del delito de robo de uso de vehículo de motor, un delito de robo con violencia y una falta de hurto... imponiéndosele la medida de internamiento en régimen semiabierto por tiempo de seis meses a cumplir en un centro para jóvenes infractores...cuando iba en compañía de un educador...se dio a la fuga, siendo posteriormente detenido y reingresado al centro... La expresada sentencia en su parte dispositiva dice así: Que debo de absolver y absuelvo libremente a Benito del delito de quebrantamiento de condena... contra la misma se formalizó recurso de apelación... FUNDAMENTOS DE DERECHO... la sentencia infringe el artículo 468 del Código Penal por no hacer aplicación de dicha figura delictiva cuando, a su juicio, resulta procedente pues el acusado estando cumpliendo una medida de internamiento en régimen semiabierto... aprovecho que iba en compañía de un educador para darse a la fuga, siendo posteriormente detenido y reingresado al centro...El Juzgador sustenta el pronunciamiento absolutorio entendiendo que la Ley Orgánica 5/2000 (RCL 2000, 90), constituye un cuerpo normativo completo y cerrado en lo relativo a las consecuencias, incluso en el ámbito sancionador, del quebrantamiento de las medidas impuestas a los menores de acuerdo con la misma, según lo dispuesto en el art. 50 de dicha normativa, por lo que no puede entrar en juego la supletoriedad del Código Penal... Tal criterio no es compartido por esta Sala...el art. 50 de la Ley de Responsabilidad de los Menores, que regula el quebrantamiento de la ejecución por los menores, dispone en su número 3º que el Juez de menores remitirá testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de algunas de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica, y merecedora de reproche sancionador. Obviamente si en la citada Ley se previene que el quebrantamiento de medidas efectuado por los menores pueden ser merecedores de reproche penal, carece de sentido pensar que si el quebrantamiento de la medida se lleva a cabo por personas ya mayores de edad, como sucede en el presente caso, no pudiera ser merecedor de tal reproche sancionador o penal... el acusado cuando se evade, a pesar de que esté bajo una medida de internamiento adoptada por el Juzgado de Menores, es mayor de edad por haber cumplido ya dieciocho años y, como hemos dicho, dicha situación de estar cumpliendo esa medida es equiparable a condena, concurriendo así todos los requisitos del delito de quebrantamiento de condena tipificado en el art. 468 del Código Penal ...es responsable criminalmente en concepto de autor el acusado Benito por su participación directa, material y voluntaria en la ejecución de los hechos (art. 28 del Código Penal). En la comisión de dicho delito, concurre la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21-2 del Código Penal ya que, a la luz de los informes médicos y los antecedentes del acusado que obran en la causa, se aprecia que es una persona drogodependiente que, en el momento de los hechos, tenía comprometida su voluntad por esa grave adicción a las drogas no superada... La pena prevista en el art. 468 del CP para este caso, en que se trata de un quebrantamiento de una situación de privación de libertad, como define a la medida de internamiento el art. 8 de la Ley Orgánica 5/2000 (RCL 2000, 90), es de seis meses a un año de prisión. De conformidad con lo dispuesto en el art. 66-4 al aplicar una atenuante muy cualificada, procede rebajar la pena en uno o dos grados, determinando la Sala, en este supuesto, la reducción en un grado, pues el intenso condicionamiento de su voluntad ya ha sido tenido en cuenta para cualificar la atenuante... Así pues se establece la pena de tres meses y un día de prisión menor. Con arreglo al art. 71-2 esta pena es sustituida por la de 24 arrestos de fin de semana, siguiendo el módulo prevenido en el art. 88-1 del Código Penal”. *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, 2003, Vol. III, Primera Edición, Tomo VIII, Thomson, Aranzandi, págs. 593-595.

En ese sentido, no puede imponerse una medida con duración superior a la que se impusiera a un adulto por el mismo hecho, a pesar de que ésta sea solicitada por el Ministerio Fiscal; haciendo la observación que además en el caso de los mayores, si éstos han quebrantado alguna pena o medida que no es privativa de libertad, el Código Penal contempla sólo la sanción de multa<sup>919</sup>.

En virtud de ello, si el mismo artículo 8 de la Ley que nos ocupa establece la limitación citada, resulta incoherente que pueda aplicarse al menor que quebrantó la ejecución de la medida no privativa de libertad, una medida privativa de libertad como es la

---

<sup>919</sup> También contradice lo dispuesto en el art. 8 si se tiene en cuenta que la pena que establece el Código Penal para el quebrantamiento de penas o medidas no privativas de libertad, es de multa (art. 468 C.P.: Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos. V **MARTÍNEZ SERRANO**, “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., pág. 33. No obstante ello, algunos autores consideran que la problemática de los incumplimientos es realmente grave en el marco de la justicia juvenil, y afecta a todo tipo de medidas, tanto de régimen abierto como de régimen cerrado. Que en muchas ocasiones las medidas impuestas se ven sujetas a largas, y a veces definitivas interrupciones, como consecuencia de los numerosos incumplimientos. En otras, como las medidas de medio abierto, el cumplimiento es poco más que formal. Por lo que en cualquier caso, todas estas deficiencias en el cumplimiento, si no pueden tratarse con la debida eficacia, generan en el joven un sentimiento de impunidad de consecuencias devastadoras desde una perspectiva educativa. La cuestión en el marco de las medidas de régimen cerrado se resuelve con el reingreso forzoso del joven. Por esto se piensa que en muchos casos esta previsión legal es insuficiente, especialmente en aquellos supuestos en los que el régimen de internamiento es abierto o semiabierto. En estos casos las fugas son prácticamente constantes, y únicamente puede responderse a ellas mediante una dinámica de continuos reingresos, y que para un adecuado tratamiento de este tipo de situaciones hubiera sido preciso que el legislador hubiera previsto, la posibilidad de agravar, con las debidas garantías, el régimen de cumplimiento. V. **CARRERA DOMÉNECH**, “La ejecución de medidas en la Ley Orgánica 5/2000, sobre Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Sentencias de tribunales superiores de justicia audiencias provinciales y otros tribunales*, Vol. V, Tomo VII, Edición Thomson, Aranzadi, 2002, págs. 427-428. Opinión de dicho autor que no compartimos en virtud de que se atendería contra el principio de igualdad, con base a lo que se encuentra regulado para el ámbito de los adultos, amén de ir totalmente en contra del interés superior del menor, base fundamental de la LORRPEME. Además esta idea constituye un claro atentado al principio de proporcionalidad y una posible tacha de inconstitucionalidad, si se toma en consideración que el art. 468.2 del Código Penal castiga con multa el quebrantamiento de penas o medidas no privativas de libertad. En ese sentido, el art. 50.2 de LORRPEME no se halla en armonía con la proporcionalidad penal regulada en el art. 468.2 de dicho código, el cual, pese a sus modificaciones que entraron en vigor a partir del 1 de octubre de 2004, sigue manteniendo, con carácter general, la sanción pecuniaria para los que, sin estar privados de libertad, quebranten penas o medidas. Cfr. **ABEL SOUTO, BRANDARIZ GARCÍA, CAMPOS CRISTÓBAL, GORRÍZ ROYO, FARALDO CABANA, FERRER BARQUERO, GIL GIL, GUINARTE CABADA, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, RAMÓN RIBAS**, “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizadas por la Ley penal del menor”, en *Estudios penales y criminológicos XXIV*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pág. 42.

de internamiento en centro semiabierto<sup>920</sup>. Más aun resulta un poco extraño que se esté regulando que en caso de quebrantamiento de menores se remitirá testimonio de los particulares relativos al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones y merecedor de reproche sancionador. En este supuesto habría que preguntarse qué delito constituiría el quebrantamiento de una medida en su caso no privativa de libertad, resultando evidente que el delito no podría ser otro que el previsto en el tipo subsidiario que contempla el artículo 468 del C.P., castigado únicamente con la pena de multa<sup>921</sup>.

Hay que recordar también que de acuerdo al artículo 11 b) de las Reglas para la Protección de los menores Privados de Libertad, aprobadas en Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990, cuyo valor informador de la actuación de los poderes públicos resulta incuestionable, “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en otro establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, sin que sea ordenado por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”. Siendo que si al menor se le había aplicado en un principio una medida no privativa de libertad se atentaría contra lo dispuesto en dicho cuerpo legal de carácter internacional, ya que se le estaría privando de su libertad si se le impone una medida

---

<sup>920</sup> La STC 61/1988, de 17 de marzo mantiene, la estricta interpretación de lo declarado por el pleno en S 36/91, y equipara la medida de internamiento en centro semiabierto con la pena privativa de libertad. Con dicha doctrina jurisprudencial resultaría inviable la aplicación de la excepción que recoge el art. 50.2. Cfr. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de Enero Reguladora de la...*, op. cit., pág. 184.

<sup>921</sup> **DÍAZ CAPP**A considera que el hecho de poder sustituir las medidas impuestas no privativas de libertad por un internamiento en centro semiabierto, en los casos de quebrantamiento de la ejecución de aquellas, supone una contradicción con la jurisprudencia constitucional hasta ahora surgida (STC 36/1991 de 14 de febrero y 61/1998 de 17 de marzo), en cuanto implican una clara vulneración a los principios de proporcionalidad y legalidad. La solución más adecuada sería actuar conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 50 de la LORRPEME, y tras la incoación en todo caso del oportuno expediente por el delito cometido, y con todas las garantías, proceder en su caso, y si así lo informa el Equipo Técnico como conveniente para el menor, aplicarle una nueva medida de internamiento semiabierto. De otro modo, se le estaría anticipando al menor la posible medida que le pudiera corresponder por el hecho cometido y aún no juzgado, volviendo al sistema de respuesta contundente no educativa ante la falta de voluntad del menor de someterse a la medida inicialmente impuesta. V. **DÍAZ CAPP**A, “Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., págs. 591-592.

privativa de la misma como lo es la del internamiento en centro semiabierto aunque sea ordenada por autoridad, cuando en todo caso sólo le correspondería una sanción pecuniaria.

Asimismo, el artículo 43 de la LORRPEME, establece que no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley, si no es en virtud de sentencia firme, dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma. Hay que recordar que si se impone, en todo caso, la medida privativa de libertad al menor, por el quebrantamiento de la ejecución de otra no privativa de libertad, esto debe hacerse en virtud de sentencia firme<sup>922</sup>, resultado de un proceso con todas las garantías debidas, ya que sí sólo fuese a petición del Ministerio Fiscal, sin haberse llevado a cabo un proceso penal de por medio, se vulnera además del principio de legalidad<sup>923</sup>, lo previsto por otros cuerpos legales como son la Constitución Española, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Penal, las Reglas de Beijing, la Convención sobre Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de libertad y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas No Privativas de Libertad.

---

<sup>922</sup> Una norma de estas características no podía sino suscitar de inmediato fundadas críticas y reticencias, pues supone la sustitución de una medida no privativa de libertad por otra que sí lo es, sin que esta última se hubiese fijado en sentencia firme, contrariando de esta forma el principio de legalidad proclamado en el artículo 43 de la LORRPEME. Cfr. **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 455. La excepcionalidad de uso aludida en el artículo 50 de la Ley debe llevarse más bien a un discreto olvido de su práctica. La contradicción y vulneración observadas tienen su especial significación en la obligada relación de este artículo 50.2 con el 43 que refleja el principio de legalidad proclamado en su primer apartado, y se incumple en el segundo. Obsérvese como el artículo 43 mantiene una más que discreta incongruencia entre sus dos párrafos, al tiempo que en el primero se proclama la legalidad más absoluta “no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino es en virtud de sentencia firme”, en el segundo “tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la establecida en esta Ley”; al admitirse la aplicación de la LORRPEME en la ejecución de las medidas, se acoge un sistema como el indicado, permitiéndose el cambio de una libertad vigilada por el internamiento en centro semiabierto sin sentencia previa. El centro semiabierto es una medida y sólo cabe sentencia dictada de acuerdo con el procedimiento y la sentencia que cambie o imponga una medida como la referida. Por lo que sólo deducido el testimonio de particulares por el quebrantamiento producido e incoado un nuevo expediente al menor, la nueva sentencia recaída en el nuevo procedimiento abierto, podría justificar una nueva medida privativa de libertad. Cfr. **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas...”, op. cit., págs. 399-400.

<sup>923</sup> V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., págs. 404-405.

Con el hecho de cambiar la medida impuesta en caso de quebrantamiento por el menor de una libertad a otra de internamiento<sup>924</sup>, más bien se está ejercitando una inoportunidad procesal porque un internamiento en centro semiabierto cambia la libertad ambulatoria del menor por la disciplina reglada de residir se quiera, o no, en un centro en contra de su voluntad, afectando ello al derecho de libertad con una decisión judicial que no ha reclamado juicio previo sobre el particular<sup>925</sup>. Se está quebrando el principio de legalidad al socaire de un procedimiento diferente que es el de menores, que nunca debe estar al margen de las garantías procesales. En todo caso, la medida de régimen semiabierto es judicial y debe derivar inequívocamente de una sentencia judicial, además de que es un plus trasgresor del principio acusatorio y va más allá de la sentencia una vez firme, ya que la modificación se produce en la fase de ejecución<sup>926</sup>.

Somos de la idea que debe respetarse lo establecido por el art. 468 del Código Penal<sup>927</sup>, aplicándosele al menor la misma sanción que le correspondería al mayor, por tratarse del mismo caso, procurando así los principios procesales<sup>928</sup>.

---

<sup>924</sup> Con relación a la medida de internamiento, sus clases y los elementos determinantes del interés del menor ver **GANZENMULLER ROIG**, “El Ministerio Fiscal en la ejecución de medidas”, *Papers d’Estudis I Formació*, No. II, 1992, págs. 39-41; **GÓMEZ RIVERO**, “El régimen de medidas aplicables a los menores de edad: Las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 301-307; **TORRALBA BAYO**, “Comentarios prácticos a la determinación y aplicación de medidas LO 5/2000”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 575-580.

<sup>925</sup> Debemos pensar que si la medida impuesta está resultando ineficaz y no hay posibilidad de dotarla de mayores contenidos y de efectividad, hay que reconocer su fracaso e instar por su cancelación, sin empecinarse como se tratara de una sanción, e imponer a la fuerza, lo que carece de sentido por resultar ineficaz para la formación del menor. Debe resaltarse la especificidad de la justicia de menores en que el principio de legalidad tiene un juego muy diferente del que tiene en el derecho penal de adultos, y es que no todo hecho debe llevar una medida de reforma aparejada. Si se está viendo la inutilidad de la misma, aunque sea por la rebeldía del menor, y se comprueba la ineficacia de todos los resortes de la justicia de menores, es preferible anular la medida y reconocer simplemente el fracaso de la misma. Cfr. **PANTOJA GARCIA, MUÑOZ MARÍN, PÁRAMO Y DE SANTIAGO y DEL MORAL GARCÍA**, “La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de Menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, en *Actualidad Penal*, Tomo I, 1993, pág. 133 y ss.

<sup>926</sup> Cfr. **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas...”, op. cit., pág. 399.

<sup>927</sup> El art. 468 del Código Penal castiga con pena de prisión de seis meses a un año (si el quebrantamiento es de privación de libertad) o multa se dice a veinticuatro meses (en los demás casos) tanto el quebrantamiento de la pena o condena, como el quebrantamiento de la medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Ahora bien, opina la doctrina que, puesto que el art. 100 Código Penal (quebrantamiento de medidas de seguridad) sólo prevé la deducción de testimonio si el quebrantamiento afecta a una medida privativa de libertad, la posibilidad de persecución penal de los supuestos de



## 1.7. El Ministerio Fiscal ¿defensor o acusador del menor?

La LORRPEME mantiene una de las innovaciones más llamativas de la normativa reformadora de 1992<sup>929</sup> como es la figura del “Ministerio Fiscal”, a quien se le atribuyen funciones tanto de defensor como de acusador. En efecto, dichas atribuciones las encontraremos reguladas en los artículos 6, 16 y 23 de la citada Ley. Como defensor, la LORRPEME refiere en su artículo 6<sup>930</sup>, que le corresponderá 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<sup>931</sup>. Por otra

---

quebrantamiento de medidas queda restringida a las medidas privativas de libertad. V. **DE LA CUESTA ARZAMENDI**, “La ejecución de medidas en la LO 5/2000...”, op. cit., pág. 192.

<sup>928</sup> Ello en virtud de que las sanciones aplicables a menores infractores previstas en la LO 5/2000 se orientan, como el resto de la Ley, a fines reeducadores y reinsertadores, objetivos prioritarios que han de prevalecer sobre el carácter aflictivo que inevitablemente posee todo sistema jurídico-penal. Cfr. **HAVA GARCIA y RIOS CORBACHO**, “Las medidas aplicables a menores...”, op. cit., pág. 143.

<sup>929</sup> **LANDROVE DÍAZ**, “Marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *La Ley*, Junio, 2000, pág.70.

<sup>930</sup> Parece totalmente desacertada la función que el artículo 6 de la LORRPEME le atribuye de vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor, y la observancia de las garantías del procedimiento, ya que no es el órgano de acusación -y además en régimen de monopolio-, el adecuado para velar por la observancia de las garantías del procedimiento. Para eso están los jueces, y precisamente como se ha visto, una de las notas características del principio acusatorio es la diferenciación entre Juez y acusador. V. **NOGUEIRA GANDÁSEGUI**, “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores...”, op. cit., pág. 141.

<sup>931</sup> La LORRPEME concede un destacado protagonismo al Ministerio Fiscal con lo que se reconoce y proclama a la vez el principio de oficialidad. En el artículo 6 de la Ley citada se condensan las tareas que debe efectuar a la vez de indicarse sus facultades. En todas las fases del procedimiento, instrucción, audiencia, sentencia y ejecución de la misma, así como en la interposición de recursos esta siempre presente su figura. Entre sus tareas y facultades podemos referir las de defender los derechos de los menores; vigilar las actuaciones que deben efectuarse en su interés; observar las ganancias del procedimiento; dirigir personalmente la investigación de los hechos; ordenar a la policía judicial la práctica de lo necesario para la comprobación de los hechos y la participación del menor en ellos; impulsar el procedimiento; cuando se trate de hechos imputados a un menor de catorce años, remitir a la Entidad Pública de Protección de Menores, testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación; incoar la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente, cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a la competencia de los Juzgados de Menores; instruir los procedimientos (por los hechos referidos en el artículo primero de la Ley) y valorando la participación del menor en los hechos, expresar el reproche que merece su conducta, en su caso; se le deberá notificar la detención del menor por las autoridades y funcionarios que intervengan en esta, así como el lugar de su custodia; podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas, o faltas tipificadas en el Código Penal o leyes penales especiales, o el menor se haya conciliado con la víctima o bien se haya comprometido a reparar el daño, o se comprometa a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico; decidir sobre la admisión, o no, de la práctica de diligencias solicitadas por el Letrado Defensor del menor; requerir del equipo técnico la elaboración de un informe o actualizar los anteriormente

parte, en ese mismo artículo se expone que dirigirá personalmente la investigación de los hechos, y ordenará a la policía judicial que practique las actuaciones necesarias, para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en éstos, impulsando el procedimiento. Para lo cual, el art. 16 de la LORRPEME, establece que tocará al Ministerio Fiscal, la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley, y quienes tuvieran conocimiento de algún hecho de los indicados, cometido por algún menor, se lo harán saber a esa autoridad instructora, quien podrá admitir, o no, a trámite la denuncia, dependiendo si los hechos son, o no, indiciariamente constitutivos de delito, practicando, en su caso, las diligencias necesarias para la acreditación del hecho y responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo del expediente dependiendo del caso, o proceder a la incoación del mismo. Por último, el art. 23 de la citada Ley, regula que el Ministerio Fiscal deberá valorar la participación del menor en los hechos, para expresarle el reproche que merece su conducta, proponiendo las medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y su autor, sobre todo al interés del menor valorado en la causa; funciones que desarrollará como acusador<sup>932</sup>.

Ahora bien, podríamos considerar que algunas de las funciones y facultades atribuidas al Ministerio Fiscal en la LORRPEME ponen en peligro los principios rectores básicos de su actuar y procesales<sup>933</sup>, al surgir los cuestionamientos de ¿cómo una autoridad

---

emitidos, por mencionar las mas destacables. V. **SÁNCHEZ PEREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000...”, op. cit., págs. 29-30.

<sup>932</sup> Con relación a las funciones y atribuciones otorgadas al Ministerio Fiscal las cuales se encuentran fundamentadas de acuerdo a la LORRPEME, consultar obra de **PANTOJA GARCÍA**, “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La singularidad del proceso de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 13-14.

<sup>933</sup> **DOLZ LAGO** es de la idea de que no existe incompatibilidad alguna entre las funciones del Ministerio Fiscal, ya que todas ellas no son sino expresión de una sola misión constitucional que en si misma, no encierra ninguna contradicción ni incompatibilidad interna. El que el papel del Ministerio Fiscal sea difícil, no quiere decir que sea incompatible, y concierne a su responsabilidad desempeñar el mismo de la manera más ortodoxa posible, con independencia de la falibilidad humana, bajo los principios funcionales de legalidad e imparcialidad y los principios orgánicos de unidad de actuación y dependencia jerárquica. V. **DOLZ LAGO**, “La Ley penal del menor: ¿Una Ley impracticable? Crítica práctica de su impracticable”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002, págs. 33-34.

que está encargada de la función acusatoria puede al mismo tiempo tener funciones de defensa, como es el caso de asistir al menor durante su declaración? O, en caso contrario, al realizar sus funciones instructoras para ejercer su acusación tiene facultades como son las de recibir, o no, la declaración del menor, pero, ¿sí está actuando como defensor, no tendría que recibirlas con el fin de procurar el interés superior del menor?<sup>934</sup>

Otros de los casos son que el Ministerio Fiscal, puede remitir los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, con el afán de promover la protección del mismo; solicitar la aplicación de medidas terapéuticas en casos de existencia de exención o extinción de responsabilidad del menor; o pedir la sustitución de la medida no privativa de libertad quebrantada, por otra privativa de libertad como la de internamiento en centro semiabierto, cuestionándonos así, si en éstos supuestos actúa como defensor o como acusador.

Para poder dejar claro el papel del Ministerio Fiscal, sea como defensor o acusador, consideramos necesario investigar cuáles eran sus funciones desde el principio de su aparición. Por ello, en el primer capítulo, tratamos los antecedentes históricos del Ministerio Fiscal y la importancia de su intervención a través de la historia<sup>935</sup>, encontrando que con relación a España, los entonces denominados “Procuradores Fiscales”, ubicados a

---

<sup>934</sup> El Ministerio Fiscal es una figura clave en el procedimiento de menores a quien el legislador le encomienda la investigación, se dice que a modo de experimento al no lograrlo para los mayores. Así pues, monopoliza el ejercicio de la acción penal. Goza de amplios poderes para ejercitar el principio de oportunidad, pudiendo evitar la actuación del Juez cuando acuerde no admitir a trámite la denuncia por entender que los hechos no están tipificados penalmente o por tratarse de una denuncia falsa, o cuando decide no incoar o archivar el procedimiento por razones de oportunidad; etc. Decide sobre las diligencias pedidas por el Letrado Defensor sin existir otra posibilidad que la repetición de la petición en el escrito de alegaciones o en la audiencia. Interpone recursos. Participa en la ejecución de la medida. Deduciéndose que al Ministerio Fiscal se le sigue considerando una especie “sui generis” cuyas funciones no son siempre fáciles de conciliar, ya que su figura debe velar por la legalidad a la vez que debe defender el interés superior del menor, y debe, sin perder de vista este objetivo, cohonestarlo con la defensa de la sociedad; tarea bastante complicada. Cfr. **CALVO SÁNCHEZ**, “El procedimiento en la L.O. 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...”, op. cit., págs. 200-201.

<sup>935</sup> **DOLZ LAGO** hace una interesante referencia de precedentes legislativos relacionados con el Ministerio Fiscal y su intervención en materia de menores. V. **DOLZ LAGO**, “El Fiscal ante la reforma de menores: Radiografía de una metamorfosis paradójica”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1992, págs. 970-971.

finales de la alta edad media, asumían funciones vinculadas con la promoción de justicia en el ámbito criminal, produciéndose con el tiempo cambios respecto al interés público a través de la defensa de la legalidad, que irían desde los intereses meramente patrimoniales a favor del Rey, hacia el interés por garantizar la paz pública, asegurándose la persecución y castigo de los delitos, estableciéndose así el sistema acusatorio.

En efecto, la figura del Fiscal acusador en los procesos penales apareció ya legislada en las Cortes de Briviesca, describiéndolo como tal. En un principio, la participación del Fiscal en los asuntos tratados en la primera pieza judicial, sería hasta la segunda instancia, es decir, cuando el Juez obtenía el material probatorio contra el inculcado, éste procedía a dar vista al ofendido por si fuese su deseo mostrarse como parte acusadora, y si renunciaba a ello, se designaba a un Promotor quien se encargaba de formular la acusación, o en su defecto, interesar el sobreseimiento, y una vez dictado el auto correspondiente, se remitía a la Chancillería, por conducto del Fiscal, actuando el mismo como parte durante la segunda instancia.

Con lo expuesto, tenemos que la figura relacionada con el Ministerio Fiscal tuvo un papel meramente acusatorio, reconociéndosele como parte en el proceso. En efecto, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia del 20 de septiembre de 1835, instruyó al Promotor Fiscal como parte en toda causa criminal que se persiguiera de oficio, y, a su vez, reguló de manera específica los principios de legalidad e imparcialidad, como filtro para su actuación.

No debemos olvidar como relevantes los precedentes legales consistentes en la Orden de 9 de noviembre de 1834 y el Decreto de 26 de enero de 1844, en los que aparecieron reguladas las funciones del Fiscal como defensor y garante de los intereses de la Hacienda Pública, y como defensor de los intereses estatales, respectivamente, amén de establecerse los principios de unidad y dependencia, por el Decreto de 26 de abril de 1844. Siendo así como los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, contemplados por los ordenamientos legales citados, sirvieron

como base en las diferentes leyes relacionadas con la institución del Ministerio Fiscal, para regular su actuación y funciones.

Otras de las leyes de suma importancia que entrañaron la figura del Ministerio Fiscal, fue la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, la cual desde aquel entonces reguló su función de velar por la observancia de esa Ley, y por las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales, promoviendo la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, teniendo la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial; quedando regulado así el aspecto orgánico institucional de dicha figura. Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, establecería las bases de un nuevo modelo de enjuiciamiento penal, situándose al Juez como director e impulsor de la investigación, y al Ministerio Fiscal como inspector en el sumario.

De los ordenamientos legales vigentes que se relacionan directamente con las facultades y funciones atribuidas a la institución del Ministerio Fiscal, se encuentran la Constitución Española de 1978, cuyo artículo 124 le atribuye la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados; así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica<sup>936</sup>, y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el cual a su vez se le otorga la misión de promover la acción de justicia en defensa de la legalidad, estableciendo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica, por los que se rige dicha misión y actuar del Ministerio Fiscal.

Así pues, al Ministerio Fiscal se le daría la función de promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y del interés público tutelado por la Ley, ejercitando

---

<sup>936</sup> En el trámite parlamentario, algunos se oponían a la configuración de un modelo de justicia penal para los menores, pero no se oponían respecto de la figura del Fiscal instructor, aunque objetaban el modelo de Fiscal dependiente del Gobierno, sometido al principio de jerarquía.

para ello las acciones procesales que considere necesarias para su defensa, procurando a su vez, la satisfacción del interés social<sup>937</sup>; desprendiéndose así las facultades tanto de defensor<sup>938</sup> como de acusador<sup>939</sup>.

El hecho de que sea un órgano distinto al Juez de menores el encargado de instruir el proceso tiene como fin preservar y garantizar la imparcialidad de aquel, aunque también descansa dicha competencia instructora en la doble condición que ostenta el Ministerio Fiscal, de institución que constitucionalmente tiene encomendada por un lado, promocionar la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y de otro ser defensor de los derechos de los menores. El papel que desempeña el Ministerio Fiscal en el proceso de menores, lejos de estar claramente definido se puede decir que viene precedido de una cierta ambigüedad. Precisamente por esa doble condición aludida difícilmente puede resultar conciliable, pues de un lado se le otorga exclusivamente el ejercicio de la acción penal, por lo que cuando

---

<sup>937</sup> Con relación a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos instruidos en contra de los menores infractores, existen autores como MARTÍN OSTOS y RAPOSO FERNÁNDEZ que apoyan la idea de conferir al Ministerio Fiscal la dirección de la instrucción en estos procesos; aunque hay otros como LANDROVE DÍAZ que critican el excesivo protagonismo del Ministerio Fiscal en el procedimiento instaurado en contra de los menores infractores, amén de su utilización incontrolada del principio de oportunidad que puede vulnerar otros principios como lo son el de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva. ORNOSA FERNÁNDEZ duda de la capacidad del Ministerio Fiscal para conjugar de forma satisfactoria la variedad de funciones atribuidas por la Ley, ya que su posición en el proceso va a ser muy difícil, pues va a tener que guardar un equilibrio casi imposible entre el cuidado de la protección y la defensa de los menores, así como el cumplimiento del principio básico del interés del menor y de las garantías de sus derechos en el procedimiento, y por otro lado, con base en el principio de legalidad, el ejercicio de la acción penal en contra de ese mismo menor.

<sup>938</sup> En Alemania, donde el proceso preliminar está atribuido al Ministerio Fiscal, éste viene caracterizado en la STPO por su imparcialidad, y está obligado a intervenir también las circunstancias favorables al acusado. Los derechos del acusado en la fase preliminar son menores que en la fase de juicio oral. ROXIN destaca que si se producen sentencias erradas, esto se debe generalmente a que las vías se colocaran ya erróneamente en el procedimiento preliminar. Y esto a su vez se debe a que los derechos del acusado en el procedimiento preliminar son relativamente reducidos, de tal modo que él no puede hacer valer todo lo necesario su posición. De ahí que las demandas de reforma apunten al fortalecimiento de sus derechos. Cfr. **ROXIN**, *Strafverfahrensrecht*. 22ª. Ed. C.H. Beck, Munchen, 1991, págs. 93,95 y 255.

<sup>939</sup> Consideramos que el Ministerio Fiscal más que ser un defensor es un inspector, tal y como ha sido considerado en su momento por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que tiene el encargo de velar porqué se lleve a cabo el respeto a las leyes, así como vigilar su exacto cumplimiento, aunada la tarea de procurar la observancia del cumplimiento de las garantías del procedimiento. Asimismo no es infrecuente al recurso a la vigencia del principio acusatorio para configurar un Ministerio Fiscal encorsetado por la asignación de su papel de acusador a ultranza, olvidando su carácter de custos legis, ya que el Fiscal expresa y personifica la exigencia general de que la Ley debe actuar en todos los casos y para todos los ciudadanos, sea en sentido acusador o defensor. V. **POLO RODRÍGUEZ**, “Organización y estructura del Ministerio Fiscal. Fiscalías de T.S.J. Y Fiscalías Provinciales. Destacamientos. Organización de las fiscalías. Reparto de funciones. Especialización. Acceso, en el Consejo Fiscal...”, op. cit., pág. 279.

proceda será necesariamente parte activa del proceso, y de otro no deja de ostentar su función de garante de los derechos de los menores, aspecto que le va a colocar en ocasiones en una difícil posición que solamente se justifica configurando un proceso básicamente antiformalista y en el que sus pilares giran en torno al interés del menor y principio de oportunidad<sup>940</sup>.

Con lo expuesto hasta ahora, podemos comprender y justificar de cierta forma el porqué el legislador en la LORRPEME atribuye la facultad al Ministerio Fiscal de estar presente cuando el menor rinda su declaración ante otro Ministerio Fiscal (y no asistan sus representantes legales o tutores), toda vez que hace valer la doble condición de institución del Ministerio Fiscal, utilizando en este caso, la de promotor de la acción de la justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos.

En efecto, al otorgarle la facultad al Ministerio Fiscal referida, pensamos que lo hace con el amparo de que dicho funcionario, a su vez, está encargado de defender los derechos del menor. Sin embargo, como ya hemos expuesto con anterioridad y compartiendo la opinión de ciertos autores, esta situación rompe con el esquema de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica<sup>941</sup>, ya que estos principios consideran a la institución del Ministerio Público como única, y al establecerse la participación de dos Fiscales diferentes se está pasando por alto<sup>942</sup>.

---

<sup>940</sup> Cfr. **SEBASTIÁN OTONES**, “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores...”, op. cit., 2001, pág. 1.

<sup>941</sup> Por mucho que el artículo 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal proclame los principios de legalidad e independencia, porque el status de parte es incompatible con la imparcialidad, aunque el art. 7 del mismo Estatuto ordena al Ministerio Fiscal actuar con imparcialidad y objetividad en defensa de los intereses que le son encomendados ¿se puede ser imparcial en la defensa de un interés aunque éste sea el de acusar? ¿Qué es ser objetivo en la defensa? Por otra parte, este mandato de imparcialidad y objetividad no va dirigido a cada miembro del Ministerio Fiscal, sino a la institución en su conjunto, lo cual se rige por los principios de jerarquía y unidad. Cfr. **NOGUEIRA GANDÁSEGUI**, “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores...”, op. cit., pág. 131.

<sup>942</sup> La solución recogida en el artículo 17 de la LORRPEME, no parece la más adecuada y supone un desconocimiento de la función constitucional y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, amén de que qué sentido tiene que haya dos Fiscales presentes en la declaración cuando los dos tienen que desempeñar las mismas funciones constitucionales y ambos actúan bajo el principio de unidad de actuación. La Circular

Asimismo, al realizar su función de instructor, tiene facultades como las de recibir, o no, la declaración del menor, así como otros medios de prueba; presentándose el conflicto de que si haciendo valer la doble condición de su institución, defendiendo la legalidad y derechos del menor, ¿no tendría la obligación y el deber de recibirlas con el fin de procurar el interés superior del menor? En virtud de ello, pensamos que al haberse otorgado ese poder al Ministerio Fiscal, se le considera más como acusador que defensor, amén de resultar ilógico que una parte en el proceso como es el Fiscal, en este supuesto, pueda decidir sobre la admisión, o no, de las pruebas propuestas por la otra parte, vulnerándose con ello el principio de imparcialidad.

De igual forma, en los supuestos de remisión de los asuntos de menores de catorce años, a la Entidad Pública de Protección de Menores, a efecto de que se promuevan las medidas de protección necesarias en los casos que lo ameriten, suponemos que actúa ejerciendo sus facultades de protector y defensor de los derechos del menor<sup>943</sup>, pero quizás, la decisión de remitir los asuntos resulte más gravosa que si en su lugar se hubiese optado por someter al menor al procedimiento penal establecido por la Ley, decretándose el sobreseimiento o archivo del asunto. Su actuación en el supuesto de remisión citado, pensamos, la ejecuta más como acusador que como defensor. Lo mismo sucede en los casos en que solicita la aplicación de medidas terapéuticas, a pesar de que exista alguna causa de exención o extinción de responsabilidad, situaciones de las que como hemos expuesto, no se puede hablar de responsabilidad, siendo improcedente que se pida la imposición de una medida por muy terapéutica que sea, con el disfraz de procurar y proteger el interés del menor, supuesto que más bien entraña el carácter aflictivo impulsado por el órgano acusador.

---

1/2000 considera que esta duplicidad de fiscales es sumamente perturbadora para la institución del Ministerio Fiscal. V. **FERNÁNDEZ OLMO**, “El Fiscal de menores de guardia: Problemas prácticos. Relación con la Policía Judicial y los Juzgados de Guardia”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 470-471.

<sup>943</sup> Con relación a las funciones de protección del Ministerio Fiscal ver obra de **VARGAS CABRERA**, “Las relaciones entre las medidas de protección y reforma y la actuación del Ministerio Fiscal...”, op. cit., págs. 585-586.



Somos de la idea que si se busca una autoridad que proteja y vele por que se procure el interés superior del menor, respetándose todas las garantías procesales a las que tiene derecho, en los casos mencionados, no parece muy adecuado que sea ésta el Ministerio Fiscal, en virtud de que sus funciones se enfocan más a la de acusación que a la defensa de los derechos de los menores<sup>944</sup>. En el mismo sentido se da su actuar cuando solicita la sustitución de la medida quebrantada no privativa de libertad, por otra si privativa, como es la de internamiento en régimen en centro semiabierto para el menor, lo cual lo realiza, nos imaginamos, en su papel de inspector de cumplimiento y observancia de la Ley, al estar facultado para hacerlo.

Se considera que al atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción no es una de las concreciones que mejor pueden hacer realidad la obligación de éste de proteger y defender a los menores (consagrada en el art. 3.13 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y desarrollada en el art. 6 de la LORRPEME), ya que en este sentido en el proceso penal de menores está fungiendo como parte acusadora, al estar instruyendo dicho procedimiento, amén de que el menor cuenta en todo caso con la asistencia del Letrado Defensor asignado para su defensa.

Somos de la opinión que el Ministerio Fiscal es parte acusadora y como tal parte ni puede ni debe defender los intereses del menor. El menor tiene derecho a la defensa y ésta indudablemente desde el punto de vista técnico está encomendada al Letrado Defensor, por lo que dejemos al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal y que como parte actúe en el proceso realizando los actos necesarios a tal fin, sin atribuirle la defensa de los

---

<sup>944</sup> La puesta en escena del sistema acusatorio exige que cada sujeto procesal interprete el papel que le ha sido encomendado con absoluta exclusividad y convicción, asumiendo la cuota de responsabilidad que le corresponde en el adecuado funcionamiento de la justicia, sin invadir el terreno de los demás, ni esperar altruistas ayudas externas que salven los errores u omisiones en que incurra. El nuevo Ministerio Fiscal ha de centrarse en la investigación pública de los hechos delictivos, abandonando ese cúmulo de extrañas funciones que ahora ostenta. Cfr. **LÓPEZ LOPEZ**, *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores...*, op. cit., pág. 86.

intereses del menor contra el que se dirige<sup>945</sup>, porque en cuanto a los intereses de éste ya están velados por sus padres o tutores, y en el ámbito de las garantías procesales por el Letrado Defensor, y en caso de discrepancia entre dicho Defensor y Ministerio Fiscal por el Juez como es elemental en todo proceso<sup>946</sup>.

Pero la actuación del Ministerio Fiscal en los asuntos de menores es sumamente complicada, por lo que debe tener un especial cuidado al emitir sus determinaciones, cohonestando sobre todo sus funciones, con el afán de procurar el respecto tanto de los principios procesales básicos de su actuar, como el de los procesales, y cuidar sobre todo lo previsto por los ordenamientos legales nacionales e internacionales<sup>947</sup>.

Así pues la tarea del Ministerio Fiscal se encuentra más compleja que la del Juez de menores, amén de que personifica el dilema del derecho penal moderno, atender, a la vez de ponderar y equilibrar el fin de defensa social y el fin resocializador; esperándose, en

---

<sup>945</sup> Se debería concretar el ámbito de actuación del Ministerio Fiscal, dado que son tantas las llamadas y tan poco los medios que finalmente le es imposible cumplir con sus funciones atribuidas y encomendadas. Para ello es necesario regular su función que ha de cumplir en cada caso, es decir, si es de informar, asesorar, participar, actor del proceso, instructor del mismo. V. **CAMACHO VIZCAINO**, “El Ministerio Fiscal en el pacto de Estado por la justicia”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. III-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002. pág. 483, y **COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA**, “El principio de dependencia jerárquica”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 589-616.

<sup>946</sup> En ese sentido, **NOGUEIRA GANDÁSEGUI**, “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores...”, op. cit., págs. 133-134.

<sup>947</sup> Cfr. **DOLZ LAGO**, “La intervención del Fiscal en materia de menores”, en *La Ley Penal*, No. 18, Año II, Estudios Monográficos Derecho Penal de Menores, La Ley, Julio-Agosto 2005, pág. 32. Otros autores se cuestionan de cómo es posible que quien esta obligado a esclarecer los hechos, lo que puede y suele implicar la formulación de un escrito de alegaciones (que es eufemismo pues es un escrito de acusación –art. 30. 1 LORRPEME-), sea al mismo tiempo el encargado legal de velar por los derechos del menor quien obligatoriamente debe estar asistido por Letrado Defensor. En un modelo coherente de responsabilidad en el enjuiciamiento penal de menores cada uno cumple con su tarea propia y sabe como tiene que hacerlo. En la LORRPEME estas funciones atribuidas al Ministerio Fiscal llevan a la confusión y a la incompatibilidad, lo que en la práctica acarrea problemas. El Ministerio Fiscal se ubica en una posición de difícil articulación, pues debe compatibilizar el ejercicio de la acción penal con la defensa de los derechos de los menores, lo cual es metafísicamente imposible de articular. La práctica llevará a que el Ministerio Fiscal rara vez se preocupe de los actos de investigación favorables al menor, y desde luego nunca actuará tuitivamente defendiéndole de manera activa, porque pensara que para ello está el Letrado Defensor. Cfr. **GÓMEZ COLOMER**, “Tuición procesal penal de menores y jóvenes”, en *Inter. Criminis*, No. 3, Segunda Época, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Junio 2002, México, págs. 182-183.

conclusión, del Ministerio Fiscal, que propugne el máximo de resocialización y el mínimo de defensa social necesaria, tratándose del ámbito de menores.

## **2. Aspectos conflictivos de las actuaciones del Comisionado observados en la LTMI**

Se considera que la LTMI significa un notorio avance en materia procesal y de derechos humanos, ya que esta nueva normatividad para menores infractores en México establece metodológicamente el procedimiento a seguir en contra de éstos para acreditar las infracciones penales, respetando en todo momento las garantías de defensa de legalidad y de audiencia consagradas por la Constitución; aspectos omitidos en anteriores legislaciones<sup>948</sup>.

En efecto, la LTMI, contempla que los menores involucrados en los hechos investigados gozan de la presunción de ser ajenos a éstos, salvo que se acredite su participación; reconoce el derecho de defensa, regulando que los menores deben ser asesorados por un Abogado Defensor oficial (para lo que se crea la Unidad de Defensa de Menores) o particular; contempla el derecho a saber quién los acusa y el porqué de la acusación y el derecho a no declarar en su contra; establece el derecho de ofrecer pruebas para aclarar los hechos y testigos; regula el derecho a ser careados con la persona o personas que hayan declarado en su contra; proclama el derecho de información para los menores respecto a los motivos del procedimiento que se les pretende incoar; afirma el deber de tomarles su declaración inicial dentro de un plazo de veinticuatro horas, contados a partir de que sean puestos a disposición de las autoridades competentes que conozcan del

---

<sup>948</sup> Cfr. **GONZÁLEZ ALCANTARA**, “Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, No. 74, Año XXV, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Mayo-Agosto, 1992, pág. 570, y **MURILLO DE LA ROSA**, “Pautas para una nueva legislación que regule la responsabilidad penal de los menores”, en *Investigaciones Jurídicas*, No. 72, Universidad de Guanajuato, México, Enero-Junio, 2002, pág. 157.

caso y juzguen su conducta, a efecto de que dentro de cuarenta y ocho horas se dicte una resolución provisional, que determine si deben ser, o no, sujetos al procedimiento respectivo; regula asimismo el derecho de inconformarse por las resoluciones que afecten sus intereses, a través del recurso de apelación. A su vez se establecen distintas etapas procesales en las que se intenta una secuencia similar seguida en el proceso penal instruido en contra de los adultos<sup>949</sup>.

Asimismo, como ya lo hemos comentado, la Ley que nos ocupa establece los aspectos y causas que pueden llevar a la conclusión anticipada del procedimiento, así como aquellas incidencias procesales que pueden surgir en el trámite del mismo, contemplando los principios de un proceso acusatorio, propio de una legislación actual. Además la LTMI reestructura la organización interna y redistribuye las facultades entre los órganos encargados de resolver la situación de los menores infractores, señalando con precisión la competencia de cada uno de los órganos que se encargan de administrar la justicia de menores, lo que no se hacía en otras regulaciones anteriores<sup>950</sup>.

A fin de precisar con claridad los aspectos fundamentales de que se ocupa el tratamiento de menores, se regula el alcance y el concepto del diagnóstico, la forma de llevarlo a cabo, y los especialistas que lo realizan, especificando qué tipos de medidas se aplican a los menores infractores, objetivos de las mismas, y consecuencias en caso de incumplimiento, a la vez de referir el mecanismo mediante el cual se vigila el cumplimiento de dichas medidas, lo que también se omitió en leyes pasadas<sup>951</sup>.

Así pues la legislación anterior diseñada con propósitos protectores de atención especial a menores infractores, es sustituida por una Ley que aprovechando experiencias

---

<sup>949</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., págs. 319-320, y **GONZÁLEZ ALCANTARA**, “Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal...”, op. cit., pág. 570.

<sup>950</sup> En este sentido, se considera que la anterior Ley reguladora de la conducta infractora de los menores, adolecía de un sistema oficioso e inquisitorial que impedía el ejercicio pleno de los derechos humanos de los menores infractores. Cfr. **GONZÁLEZ ALCANTARA**, “Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Republica en Materia Federal...”, op. cit., pág. 570.

<sup>951</sup> *Ibidem*; op. cit., págs. 570-571.

pasadas y adelantos científicos sobre esta materia, reestructura y diseña tanto objetivos como procedimientos adecuados, proclamando el respeto a los derechos humanos y fundamentales, creando así un nuevo marco de seguridad jurídica tanto para los menores infractores como para las víctimas (dado que prevé el resarcimiento de los daños causados)<sup>952</sup>.

Es imposible negar que por todo lo expuesto en párrafos anteriores, la LTMI ha significado un avance importante en materia de menores infractores, especialmente por la descripción metodológica del procedimiento, y por la proclamación del respeto de los derechos humanos y fundamentales contemplados en las garantías procesales.

No obstante lo anterior, consideramos que en la LTMI existen disposiciones de naturaleza estructural, sustantivas, procesales y de ejecución, que no van acorde con el conjunto de normas, principios rectores y fundamentales, y directrices que conforman la doctrina de la protección integral de la Organización de las Naciones Unidas con relación al menor, lo cual conlleva a la necesidad de una reforma nacional<sup>953</sup>. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño, es considerada como la Ley suprema en materia de menores, de ello la insistencia en su difusión y cumplimiento. Si en verdad se consideraran los principios y aspectos proclamados en la misma, en la legislación mexicana se podría homologar edades atendiendo al interés superior del menor; se evitaría la judicialización, buscando alternativas como la mediación; se buscaría ejecutar un procedimiento especial

---

<sup>952</sup> Ibidem; op. cit., pág. 571.

<sup>953</sup> En efecto, el sistema de justicia de menores presenta grandes problemas dentro de los que mencionamos: la inexistencia de una base constitucional para la regulación de la administración de justicia en materia de menores; la ausencia de una normativa sustantiva propia de menores; se cuenta con una estructura de cierto modo inquisitorial respecto al procedimiento jurisdiccional instruido a los menores infractores. Aspectos que atentan contra las garantías procesales. Por lo que urge una reforma integral de dicho sistema, cuyas deficiencias se agravan por la permanencia de subsistemas estatales que ni siquiera han hecho una primera adecuación a los principios invocados, y que todavía mantienen una legislación de tipo tutelar, regida por los postulados de la doctrina de la situación irregular, incompatible con el estado democrático de derecho en materia de justicia de menores.

que respete en realidad principios como el derecho de audiencia, presunción de inocencia, de defensa, de exacta aplicación de la Ley por autoridad competente, etc.<sup>954</sup>.

Y es que el sistema de justicia en torno a los menores infractores en México debe revestir las características que impone la Constitución, la cual consigna el reconocimiento de derechos humanos, derechos que son válidos para todos, por lo que valen no sólo para el sistema de justicia de adultos, sino también para el de menores. Si nos ponemos a observar, por ejemplo, la Ley que regula el procedimiento penal instruido en contra de los adultos, establece garantías para quienes se ven involucrados en la comisión de hechos la misma naturaleza, que pueden hacerse valer frente a los órganos del Estado. En la medida en que un menor de edad puede también verse involucrado en hechos de los cuales un órgano del Estado está conociendo, éste tiene igualmente el derecho de hacer valer frente al mismo esas garantías constitucionales, por lo que dichas garantías valen para todos y deben ser observadas por todos los órganos del Estado<sup>955</sup>.

El sistema de justicia de menores infractores en México está atentando contra los derechos humanos y fundamentales de los mismos, toda vez que si bien el menor de edad no debe ser merecedor de penas, por lo que tampoco debe pasar por el procedimiento penal que se le instruye a los adultos, no debe permitirse entonces que el procedimiento al que se le someta sea más desventajoso para éste, ya que aunque la LTMI le reconoce ciertas garantías procesales, en la práctica se le despoja y desconoce de las mismas. Asimismo, debe procurarse y observarse que la medida que se le imponga no le resulte más negativa que la pena que se le hubiere impuesto de haber sido declarado imputable<sup>956</sup>.

---

<sup>954</sup> “Es necesario fortalecer nuestro sistema nacional integral atendiendo a la calidad específica del menor, respetando sus derechos, evitando las improvisaciones del personal, homologando nuestras legislaciones de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño y la legislación federal, con la firma de convenios entre los Estados y la Federación”; **VILLANUEVA CASTILLEJA**, “Necesidad de unificar de manera integral el tratamiento de los menores infractores”, en *Legislación Mexiquense*, No. 1, Consejo Consultivo para la Actualización, Legislación del Estado de México, México, Julio-Agosto, 2002, pág. 62.

<sup>955</sup> Cfr. **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., pág. 434, y **MORENO HERNÁNDEZ**, “Realidad y ficción en materia de justicia de menores (En México)...”, op. cit., págs. 188-189.

<sup>956</sup> **MORENO HERNÁNDEZ**, “Realidad y ficción en materia de justicia de menores (En México)...”, op. cit., pág. 187. La LTMI aún no ha logrado adecuarse plenamente a los principios deontológicos

Pero bien, pasemos a abordar los aspectos conflictivos observados en la LTMI y en los que pudiera estar relacionada de cierta manera la actuación del Comisionado.

## **2.1. La elaboración del diagnóstico biopsicosocial como diligencia inoportuna en la determinación de la resolución inicial**

Este aspecto lo observamos en la tercera etapa procesal que abarca “De la instrucción a la resolución definitiva”. En efecto, dentro de la instrucción se practican los estudios que llevan al diagnóstico biopsicosocial y al dictamen técnico que debe ser emitido por el Comité Técnico Interdisciplinario, el cual es valorado por el Consejero Unitario con el objeto de individualizar la medida que se le aplicará al menor infractor, de conformidad con los artículos 38 y 61 de la LTMI<sup>957</sup>.

Cabe señalar que en la resolución inicial, al determinarse que el menor sea sujeto a procedimiento, significa a su vez que éste debe ser sometido a estudios para emitirse el diagnóstico biopsicosocial, y así poderse establecer qué medida debe aplicársele atendiendo a las circunstancias de su caso; sin embargo, resulta inoportuno que se ordene la realización de dichos estudios, sin haberse efectuado antes las diligencias necesarias para acreditar la comisión de la infracción y la participación del menor en ésta, ya que de esa manera se está dando por sentado que el menor es responsable de la comisión de la infracción que se le imputa, a pesar de que aún no se ha emitido la resolución definitiva en la que se determine dicha situación, y por ende, con base en la misma, solicitar la elaboración de tales estudios,

---

fundamentales de la doctrina de la protección integral de niños emanada de las Naciones Unidas. Cfr. **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 34.

<sup>957</sup> En efecto, subsiste un procedimiento no jurisdiccional cuya materia es la individualización judicial y ejecutiva de la sanción, por medio del diagnóstico de la personalidad del menor (entraña consecuencias jurídicas expresas), lo que afecta de manera grave e inevitable las garantías, al punto de que principios como el de presunción de inocencia son anulados totalmente; **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág.17.

con la finalidad de conocer qué medida es la más adecuada y el tiempo de su duración, para la adaptación social del menor infractor<sup>958</sup>.

El hecho de existir procedimientos paralelos: uno que se ocupa de la investigación de la infracción y de la responsabilidad, y otro, intercalado, en el que se pretende conocer la etiología de la conducta infractora al margen de los principios de legalidad y seguridad jurídica, resulta suficiente también para que se atente contra el principio del debido proceso al ser éste inobservado. En efecto, los artículos 89 y 90 de la LTMI regulan una evaluación clínica para el menor, con lo que se le deja en estado de indefensión, amén de que se le está considerando ciertamente anormal por lo que se refiere en su conducta, lo cual lo sitúa en una posición de desconocerle su capacidad para ser sujeto de derechos, bajo el argumento de protección y cuidado; situación que tratándose de menores, su afectación resulta doblemente grave, ya que la Ley no les reconoce la calidad de personas jurídicamente capacitadas, a lo que se agrega otra causa para dicho desconocimiento, con motivo de considerárseles anormales por el hecho mismo de ser acusados de violar la Ley penal<sup>959</sup>.

Por lo tanto, el procedimiento paralelo que lleva el Comité Técnico Interdisciplinario para solicitar al área técnica el diagnóstico biopsicosocial del menor, que entraña la emisión del dictamen técnico de acuerdo al artículo 22 de la LTMI, que sirve de base, no vinculatoria, al Consejero Unitario para determinar el tipo de medidas a aplicar al menor, de conformidad con el artículo 61 de la LTMI, además de ir en contra de los principios antes citados, atenta claramente contra el principio de presunción de inocencia, ya que como hemos referido, se realiza cuando todavía no se ha determinado la

---

<sup>958</sup> “Al ordenar la práctica del diagnóstico biopsicosocial le da un tratamiento de infractor al menor a pesar de que tal calidad únicamente podrá determinarse en la resolución definitiva, por lo que en caso de que no se le considere infractor se habrán violado en forma flagrante sus garantías individuales. Este supuesto resulta más palpable en los casos en que encontrándose sujeto al procedimiento, el afectado otorga su perdón, de tal suerte que con una conducta no atribuible a la autoridad ni al menor, dicho menor deja de tener la calidad de probable infractor, sin que exista la resolución definitiva que determine si el referido menor, era o no menor infractor”; **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**; *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*; op. cit., pág. 40.

<sup>959</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 22.



responsabilidad del menor en los hechos imputados, es decir, antes de que se emita la resolución definitiva, más aún antes de que la resolución haya causado estado<sup>960</sup>.

Tal procedimiento, además de atentar contra la privacidad de la persona, va en contra de lo dispuesto por el artículo 36, fracción I, de la LTMI, que establece que hasta que no se compruebe plenamente la participación del menor en la infracción que se le atribuye, goza de la presunción de ser ajeno a los hechos<sup>961</sup>. En efecto, el estudio de personalidad tiene por objeto conocer la estructura biopsicosocial del menor, y la etiología de la conducta infractora para efectos de la individualización de la medida, esto de acuerdo a los artículos 89 y 90 de la LTMI, por lo que cabe cuestionarse cómo se puede presumir la inocencia, o tan siquiera la no vinculación típica con los hechos delictivos, si antes de que tal cosa sea declarada con la fuerza de “res iudicata”, se inquiriere sobre las causas de la conducta infractora<sup>962</sup>.

Dentro de los requisitos que debe cumplir el dictamen técnico interdisciplinario para la individualización de la medida se encuentran la conducta precedente del menor; motivos que impulsaron su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el

---

<sup>960</sup> “Ahora bien, la Ley Federal para menores sigue a medio camino, entre las legislaciones de corte tutelar y las de corte garantista; aunque establece principios fundamentales como la reserva de ley, la presunción de inocencia y múltiples derechos de corte procesal, aún conserva tintes claramente tutelares, los cuales redundan en la virtual anulación de las garantías que posee cualquier individuo en materia penal y las especiales que, en atención a su grado de vulnerabilidad, tienen los menores. Esos rasgos tutelares se manifiestan con fuerza en el procedimiento no jurisdiccional para determinar el tipo de tratamiento que será aplicado al menor, esto es, la individualización de la medida, la cual tiene por objeto el diagnóstico de su personalidad y la etiología de la conducta infractora. Este procedimiento afecta de manera importante la resolución de garantías porque anula por completo los principios del debido proceso”, **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 30.

<sup>961</sup> “La Ley de marras, tras su parte orgánica, se estructura con la descripción de un procedimiento, en que por cierto, bajo los eufemismos utilizados, se vulnera a los menores una garantía fundamental, pues en ese afán de rebautizar todo, más como disfraz que como solución auténtica, en la fracción I de su artículo 36 expresa: El menor... gozará de la presunción de ser ajeno a los hechos constitutivos de la misma (infracción penal). Esto que quiere ser una equivalente de la irrenunciable y básica presunción de inocencia, que rige nuestro procedimiento penal, se torna banal y mínimo, pues esta presunción no se funda en la amenidad a los hechos, sino en que es necesario probar, aún y cuando haya pruebas de participación, la culpabilidad del sujeto y su reproche, amén de su atribuibilidad. Con esa presunción tan corta bastaría ubicar al menor en el lugar, modo y ocasión de la comisión delictiva, para derrumbar dicha afirmación legal”, **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., pág. 437.

<sup>962</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 35.

momento de la realización de ésta; y los puntos conclusivos en los que se determinara la aplicación de las medidas. El principio de presunción de inocencia se ve afectado cuando para cumplir con los requisitos referidos, se realiza una serie de investigaciones que dan por sentado que el menor es responsable de la conducta atribuida. Esto es, los interrogatorios formulados al menor para determinar los motivos de su conducta y las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la realización de ésta, necesariamente implican, desde la semántica del artículo, que se considere al menor que es culpable. Lo mismo pasa respecto de los puntos conclusivos del dictamen, ya que de partida se establece la medida que debe imponerse y su duración, sin que aún se tenga certeza de que el menor es en efecto responsable de los hechos atribuidos<sup>963</sup>. Por lo tanto el principio de culpabilidad es desconsiderado por la LTMI, sobre todo en lo que respecta al procedimiento para determinar el conocimiento de la personalidad del joven y su grado de peligrosidad, ya que como hemos expuesto el diagnóstico de personalidad se realiza antes de que se determine si el menor es responsable de la conducta atribuida, por lo que tal intervención además de atentar contra el principio de presunción de inocencia, sobre la base de un imaginario social basado en el grado de supuesta peligrosidad del menor, constituye una clara contravención al principio de respeto a su privacidad<sup>964</sup>.

La forma en que se realiza este diagnóstico biopsicosocial contraviene además de los principios ya citados, los principios de no autoincriminación y defensa, amén del principio de legalidad, ya que al no haberse determinado la responsabilidad, la elaboración del diagnóstico entraña un acto de molestia que no está fundado ni motivado, dado que cómo se puede motivar una explicación de la etiología de la conducta infractora (artículo 90 de la LTMI), respecto de alguien a quien para todos los efectos procesales se le presume aún inocente en dicha etapa del procedimiento. Además, el artículo 36, fracción I de la LTMI, expone la “presunción del menor de ser ajeno a los hechos”, hasta que no se compruebe plenamente su participación en la comisión de la infracción, lo que por la fuerza

---

<sup>963</sup> Ibidem; op. cit., págs. 57-58.

<sup>964</sup> Cfr. **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 32.

misma de tal condición, todo fundamento invocado para intervenir con acto de molestia en la personalidad del menor, constituye una violación a tales principios<sup>965</sup>.

La disposición en crítica tiene el efecto de convertir al menor en objeto y despojarlo de su carácter de sujeto de derechos, acorde con su calidad de persona. Por lo tanto, se debe suspender los estudios técnicos y del diagnóstico de personalidad, para que rijan plenamente la presunción de normalidad, al momento de la individualización judicial de la medida.

## **2.2. Irregularidades observadas en la aplicación de medidas a los menores infractores y procedimiento**

El supuesto que observamos en la primera etapa procesal, denominada “De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado” y que marca el artículo 20, fracción III de la LTMI, que dispone la entrega del menor a sus representantes legales cuando sean infracciones imprudenciales o ilícitos en que las leyes penales admitan la libertad provisional bajo caución, siguiéndose el procedimiento en todas sus etapas, contraviene el principio de excepcionalidad de la detención durante el proceso regulado por el artículo 13 de las Reglas de Beijing, en el aspecto de que al aplicar una regla destinada a los inculcados adultos para determinar si el procedimiento se sigue en internación o externación, no se recurre a los criterios de excepcionalidad expresamente postulados en el precepto que nos ocupa, cuyos parámetros rectores son el uso de instancias menos restrictivas y el tiempo más breve posible de prisión preventiva<sup>966</sup>.

Esto es, en la práctica cuando un mayor de edad comete un delito cuya pena es alternativa o pecuniaria no se le priva de la libertad, y el Ministerio Público sólo se concreta a tomarle su declaración, claro, si éste desea declarar, pero no se le priva de su libertad,

---

<sup>965</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 36.

<sup>966</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 23.

situación que debería proceder de la misma manera en todo caso en el procedimiento instaurado a los menores infractores, sin embargo, no obstante de que no se le da el mismo trato al menor que en el caso del adulto, su situación aún es peor, ya que los menores infractores cuando son presentados ante el Ministerio Público por la comisión de un hecho semejante, son privados de su libertad por orden de dicho funcionario, remitiéndoseles al Consejo Tutelar. Otro ejemplo es cuando un adulto comete un hecho delictuoso que sólo puede perseguirse a petición de parte, o sea querrela, no se le detiene ni se inicia el procedimiento por la falta de tal requisito, en cambio, si un menor realiza la misma conducta se le remite al Consejo Tutelar y se le llega hasta privar de la libertad. Al igual que si un adulto comete un delito culposo, por ejemplo algo relacionado con el tránsito de vehículos, se le permite que obtenga la libertad bajo fianza, y a un menor no se le priva de la libertad si el peritaje de tránsito es favorable o existen pruebas que hagan presumir que el accidente no se originó por su culpa, pero si el peritaje no es a su favor, se le remite al Consejo Tutelar; lo mismo sucede cuando un adulto actúa en legítima defensa o existe alguna excluyente de responsabilidad, se le deja de inmediato en libertad, lo que no procede con los menores, ya que éstos son remitidos igualmente al Consejo Tutelar, privándoseles de su libertad<sup>967</sup>.

Por otro lado, la adecuación normativa de la LTMI a la normativa internacional que conforma un sistema deontológico para menores, sólo se ha realizado de manera parcial en el nivel procedimental, y es inexistente en el sustantivo, ya que no puede considerarse que los menores deban responder penalmente por las mismas conductas por las que lo hacen los adultos. En todo caso, la determinación de qué conductas realizadas por menores son susceptibles de la aplicación de la pena privativa de libertad, debe ajustarse a un criterio de racionalidad especial para decidir si se aplica la sanción privativa de libertad, de manera que se llegue a una considerable disminución de los delitos realizados por menores, que

---

<sup>967</sup> V. **RODRÍGUEZ MANZANERA**, *Criminalidad de menores...*, op. cit., págs. 371-372.

merezcan tal pena. Esto debe ser así en atención al principio de intervención mínima, que además, esté de acuerdo con la capacidad de respuesta del menor<sup>968</sup>.

La inadecuación de las normas sustantivas de la Ley a los principios aludidos tiene el efecto de producir desproporción entre la conducta ilícita y la medida de tratamiento que se aplica, situación que atenta a su vez contra la proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la medida a aplicar, tal como lo postula el artículo 40.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, afectando con ello dicho principio. Y es que es criticable que no se tomen en cuenta los principios de proporcionalidad y culpabilidad para la imposición de medidas, ya que el principio de proporcionalidad (principio que además en el caso de los menores debe adaptarse al interés superior del menor, amén de graduarse) obliga a imponer la sanción en función de la gravedad del hecho, valorada a la luz del bien jurídico lesionado, y la falta de proporcionalidad da lugar a graves consecuencias de inequidad. Y es que si ni en el caso de los adultos, en las leyes penales, se ha podido establecer una proporcionalidad entre las sanciones, naturaleza, y gravedad del delito cometido, qué podemos esperar con relación a las medidas aplicadas a los menores.

Como ejemplo de lo dicho, tenemos la medida que se le aplica a un menor infractor que comete el delito de homicidio calificado, la cual puede aplicársele también a un menor que comete el delito de robo con violencia, cuya duración puede ser mayor a la del menor infractor homicida, dado que ésta puede prolongarse en el tiempo dependiendo de su adaptación. Lo expuesto es consecuencia de que la LTMI no garantiza una retribución cierta, justa y proporcional ante las conductas tipificadas como delitos que cometen los menores, dado que la duración del internamiento depende de la respuesta del tratamiento, siguiendo el artículo 61 de la LTMI, la cual se sustenta en un postulado organicista que

---

<sup>968</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 23. Asimismo, debe considerarse la mediación como vía alterna en la justicia de menores, y la posibilidad de un procedimiento sumario en una sola audiencia cuando exista reconocimiento por parte del menor, a efecto de evitar en lo posible la judicialización como procedimiento único. A la vez que se debe apelar por la exclusión de menores infractores de la intervención punitiva en caso de delitos culposos leves, o no considerados como graves.

considera a los menores desde que son sujetos a procedimiento como enfermos y no como infractores, a pesar de que en forma nominal se les señala como tales<sup>969</sup>.

Y es que el hecho de que la duración de la medida impuesta no se determine, supuesto que se presenta en la cuarta etapa procesal, que denominamos de la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento, afecta seriamente diversos principios procesales. En efecto, la LTMI establece que en la resolución definitiva se expondrán los puntos resolutivos que dirán si quedó, o no, acreditada la infracción y la participación del menor en su comisión, en cuyo caso se individualizará la aplicación de las medidas conducentes a la adaptación del menor, ello con base en el dictamen técnico elaborado por el Comité Técnico Interdisciplinario, referido en el artículo 60, fracción IV, de la Ley en cita. Como se observa, nos encontramos frente a la existencia de un parámetro único, de un límite máximo para la aplicación de medidas, ya que si bien existe un catálogo de medidas a aplicar, la decisión relativa de cuáles imponer en cada caso queda al arbitrio del Consejero, por sugerencia del Comité Técnico Interdisciplinario, por lo que como dijimos, la misma pena puede aplicarse a un menor que roba, que a uno que mata, y lo que es peor, la pena para quien roba puede ser mayor que la pena para quien mata, vulnerándose de esa forma el principio de proporcionalidad de las penas<sup>970</sup>. En ese sentido SÁNCHEZ OBREGÓN considera que las medidas aplicadas a cada caso son en el nivel legislativo indeterminadas, tanto en su especie como en su duración, excepto por lo que se refiere al número máximo de duración del cumplimiento de las medidas, es decir, que no existen criterios definidos, ni parámetros para determinar las medidas que deban aplicarse a cada caso concreto, quedando ello al arbitrio del Juez<sup>971</sup>.

---

<sup>969</sup> Cfr. **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 320; **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., págs. 23-24; y **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 33.

<sup>970</sup> Cfr. **SÁNCHEZ OBREGÓN**, *Menores infractores y derecho penal...*; op. cit., págs. 113-114.

<sup>971</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 114.

Para contrarrestar lo anterior se sugiere establecer dentro de la LTMI, un catálogo de conductas sancionables, con el objeto de poder superar la yuxtaposición de criterios en la aplicación de sanciones a menores<sup>972</sup>, fijándose tiempos mínimos y máximos de internamiento, que no excedan claro está, el límite de cinco años actualmente previsto<sup>973</sup>, ya que apoyamos la idea de que las disposiciones relativas a la aplicación de las medidas de orientación, protección, tratamiento interno o externo, implican una multiplicidad de criterios para determinar el tipo de medida a aplicar y su duración. Por lo que, al adoptar un criterio taxativo para determinar el tipo de medida a imponer, acorde con el tipo de infracción, asumiéndose siempre el interés superior del menor como principio rector, se lograría concretar la proporcionalidad que debe existir entre las infracciones y las medidas<sup>974</sup>.

Aunado a lo anterior, hay que observar lo que se establece en el artículo 119 de la LTMI, respecto a la duración de las medidas de tratamiento interno y externo, la cual no puede exceder de un año si es externo, y de cinco si es interno, con lo que se está permitiendo que el menor sea internado por un plazo indeterminado, que, claro, no será mayor de cinco años, pero no se está fijando un tiempo exacto, hecho sumamente delicado porque estamos hablando de una medida que implica privación de la libertad, que en los casos de adultos significa prisión. Asimismo, la decisión de determinar los días exactos de internamiento corresponde a la autoridad jurisdiccional, que en este caso es el Consejero de Menores, no debiendo delegar dicha determinación a las autoridades ejecutoras encargadas de aplicar el cumplimiento de la medida<sup>975</sup>.

---

<sup>972</sup> En cuanto a la aplicación del principio de subsidiariedad en el tratamiento, éste también se ve afectado por la falta de un catálogo de delitos para menores, **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 33.

<sup>973</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 24.

<sup>974</sup> *Ibidem*; op. cit., págs. 37- 38.

<sup>975</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 42. Asimismo, como apoyo a lo expuesto, citamos la siguiente tesis: “MENORES INFRACTORES. TRATAMIENTO INTERNO INDETERMINADO. Viola garantías la resolución pronunciada por la Sala Superior del Consejo de Menores al no determinar el tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento interno a que debe ser sometido el menor infractor, dejando tal decisión al arbitrio de las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas de orientación, protección y tratamiento: debiéndose observar lo dispuesto en los artículos 14; 59, fracción V; y 119 de la LTMI, pues la Sala Superior al resolver el recurso de apelación y pronunciar resolución definitiva, debe analizar no sólo si está demostrado

En este sentido existe ejecutoria de amparo directo (DP 1899-94), pronunciada por el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal, con sede en el Distrito Federal, de fecha 16 de enero de 1995, cuyo texto en la parte conducente es el siguiente: “La Sala responsable analizó las condiciones personales del menor y las circunstancias de ejecución de la infracción, resolviendo la sujeción a tratamiento en internación de CHP, la cual no podrá ser inferior a seis meses, ni podrá exceder de cinco años, y estará sujeto a las evaluaciones previstas en la Ley de la materia; determinación que al ser indeterminada viola garantías, pues si bien el artículo 119 de la LTMI establece que el tratamiento interno no podrá exceder de cinco años, no menos cierto resulta que corresponde a la autoridad responsable determinar el tiempo exacto del internamiento, sin que sea válido dejar esa decisión a las autoridades encargadas de la aplicación de las medidas, por lo que procede conceder el amparo y protección de la justicia para el único efecto de que la Sala responsable, manteniendo los demás aspectos de la resolución reclamada, determine el tiempo de duración de la medida de tratamiento en internación a que será sometido el hoy quejoso, la que no podrá exceder de cinco años de acuerdo con el artículo 119 de la LTMI”.

En virtud de lo anterior, la Ley debe modificarse en el sentido de que la duración de toda medida debe ser determinada por el funcionario que ejerza la jurisdicción de menores infractores, no debiendo los funcionarios de ejecución aplicar en ningún caso medidas indeterminadas, ni aún por causas de reincidencia, asistencia posterior a la medida, o cualquier otra circunstancia que vulnere la seguridad jurídica del menor.

---

el cuerpo de la infracción y la plena participación en su comisión, sino que también debe hacer una correcta individualización de las medidas que procedan, con base en el dictamen que emite el Comité Técnico Interdisciplinario, que varía según el grado de desadaptación social del menor, determinando el tiempo máximo de duración de la medida de tratamiento, adecuándolo dentro del límite fijado por el antes citado artículo 119, esto es, que no podrá exceder de un año el tratamiento externo y el interno de cinco años”; *Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, Octubre, 1996, Tesis 1.3º. P. J/4, pág. 406.*



### **2.3. La intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores**

Otro problema observado en la LTMI y que lo encontramos en la primera etapa procesal, denominada “De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado”, así como en la segunda etapa procesal, llamada “De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial”, es el de la intervención de autoridades e instituciones no especializadas en materia de menores. En efecto, la Convención sobre los Derechos del Niño regula la conveniencia de dictar leyes e implantar procedimientos y autoridades específicos para menores, lo cual la Ley que nos ocupa no lo cumple en su totalidad, ya que pese a la creación de nuevas figuras encargadas de actuar en los casos de menores infractores, como son los Consejeros Unitarios, Comisionados, Defensores, no evita la intervención de autoridades para adultos.

Esto lo vemos claramente en los artículos 46, 49 y 78 de la LTMI, los cuales regulan la intervención de la policía judicial y del Ministerio Público en materia de detención de menores<sup>976</sup>. Por su parte el artículo 49 está contemplando que cuando el menor no haya sido presentado ante el Consejero Unitario, éste solicitará a las autoridades administrativas competentes su localización, comparecencia, o presentación; siendo dichas autoridades administrativas el Ministerio Público y sus auxiliares, a los que en contravención a la Convención sobre los Derechos del Niño, se les faculta para intervenir en casos de menores. Con estas disposiciones se atenta contra el principio del debido proceso y la debida administración de justicia para menores, amén de permitirse la práctica de interrogatorios que violan las normas de tratamiento especializado, de no autoincriminación y defensa, agravándose lo anterior con el hecho de que la policía

---

<sup>976</sup> El Ministerio Público puede ordenar y ejecutar detenciones, aunque la Constitución Política refiere que sólo en los casos urgentes y cuando se trate de delito calificado como grave por la Ley, aunado al riesgo fundado de que el indiciado pudiera sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motivan su proceder, pero con la condición de que este acto no pueda ordenarlo la autoridad judicial, en razón de la hora, lugar, o circunstancia, debiendo el Juez que recibe la consignación del detenido en su momento ratificar inmediatamente la detención, o bien, decretar la libertad con las reservas de Ley.

mexicana si no está en condiciones intelectuales, ni morales, para respetar las garantías procesales de los adultos, mucho menos lo está para conducirse en asuntos de menores<sup>977</sup>. En todo caso, debiese cumplirse y observarse lo establecido por el artículo 12 de las Reglas de Beijing que postula el principio de especialización policial en los términos siguientes “Para el mejor desempeño de sus funciones, los agentes de policía que traten a menudo o de manera exclusiva con menores, o que se dediquen fundamentalmente a la prevención de la delincuencia de menores, recibirán instrucción y capacitación especial. En las grandes ciudades habrá contingentes especiales de policía con esa finalidad”; sin embargo, esta proclamación está muy lejos de hacerse valer en nuestra realidad<sup>978</sup>.

Todo lo anterior se intensifica al considerarse el carácter de prueba privilegiada que tienen las actuaciones practicadas por el Ministerio Público, establecidas precisamente por el artículo 57 de la LTMI, en donde se dispone que con relación a la comprobación de los elementos de infracción, las actuaciones practicadas por el Ministerio Público harán prueba plena, lo cual tiene como consecuencia que todo el sistema de justicia para menores regulado por la Ley se vuelva incongruente y contradictorio. Ello se debe a que se instaura un elemento de convicción privilegiada y tasada a cargo del Ministerio Público, con lo que se vulneran los principios de Juez natural, jurisdicción, libre apreciación e “in dubio pro reo”<sup>979</sup>.

Pero la LTMI no solo permite la intervención del Ministerio Público en actos relacionados con menores, ya que tal y como se desprende de su artículo 35, fracción II, incisos b) y c), faculta al Ministerio Público para realizar interrogatorios en perjuicio del menor como se aprecia en el artículo 46 con relación al artículo 57, fracción I de la misma,

---

<sup>977</sup> Los menores son una población con problemas específicos, los cuales son tratados por la psicología jurídica del menor. Desde esta perspectiva interesa centrarse en dos cuestiones fundamentales: la cantidad de Ley que la policía aplica en sus actuaciones y la forma en que actúa. Junto a ésta aparecen otros temas de especial relevancia: la obtención de testimonios mediante la entrevista, la competencia y responsabilidad del menor como los dos polos positivo y negativo de una misma realidad. V. **CLEMENTE**, “El menor como objeto de las diferentes diligencias policiales”, *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, No. 11, 1997, pág. 169.

<sup>978</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., págs. 25-27.

<sup>979</sup> *Ibidem*; op. cit., pág. 25.

cuya impresión permite que en la práctica el Ministerio Público interroge a menores, violándose con ello el principio de especialización por parte de autoridades que intervienen en asuntos de menores infractores<sup>980</sup>.

La legalidad en torno a los actos de molestia es un principio estrictamente vinculado al derecho a la jurisdicción, que en este caso se traduce en el derecho al control judicial de todos los actos coactivos y cautelares que se realicen con motivo de la investigación y el procesamiento. Lo trascendental aquí, considerando un procedimiento en el que se respeten todas las garantías procesales, es que un Juez investido de autonomía pueda autorizar y controlar todos los actos de molestia que afecten la privacidad, la libertad, los bienes, y las garantías procesales de la persona; sin embargo, el principio de legalidad se está violando con la realización de una averiguación previa, digamos administrativa, a cargo del Ministerio Público y Comisionado, que entraña actos de molestia que pueden verse afectados de parcialidad, amén de no existir ningún control jurisdiccional respecto a ellos<sup>981</sup>.

En efecto, el artículo 35, fracción II, inciso d) de la LTMI, a su vez faculta al Comisionado para tomar la declaración al menor, lo que se considera un acto de molestia sin control judicial. A su vez la facultad que tiene el Ministerio Público, establecida por el artículo 46 de la LTMI, fortalece el modelo inquisitorial del procedimiento instruido a menores infractores, ya que permite que el Ministerio Público entregue a los menores al Comisionado y no al Consejero Unitario, con ello, la Ley propicia la etapa de indagación unilateral, en la cual establece que el Comisionado pueda dictar acuerdos que dispongan una retención en perjuicio del menor<sup>982</sup>. Por consiguiente, los actos procesales previstos en

---

<sup>980</sup> Ibidem; op. cit., págs. 26-27.

<sup>981</sup> Ibidem; op. cit., pág. 54.

<sup>982</sup> Sobre este supuesto es importante mencionar también lo que dice al respecto HERRERA ORTIZ de la violación al artículo 18 Constitucional, ya que el mismo contempla que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva, con lo que no se está refiriendo a la prisión que proviene de una pena, sino que únicamente a la que como su nombre lo indica es para prevenir que, mientras se dicte sentencia, evadan la justicia aquellas personas que cometan un delito grave y por lo que se les está siguiendo un proceso para determinar su responsabilidad. En este caso, tratándose de menores, sí se da la prisión preventiva de acuerdo al artículo 46 de la LTMI, y para que tenga lugar ésta, es requisito indispensable que el

el artículo 46 son otra muestra de las facultades jurisdiccionales que la Ley prevé a cargo del Comisionado y del Ministerio Público<sup>983</sup>

Otro artículo que se considera que otorga facultades inquisitoriales, pero esta vez al Consejero Unitario es el artículo 48, ya que tal funcionario jurisdiccional al constituirse en acusador, puede realizar actos de justicia en contra de los menores sujetos a procedimiento. Y es que siempre que el acusador tenga facultades coactivas o cautelares sin control judicial, o que el funcionario que ejerce la jurisdicción tenga la facultad de inquirir la causa “ex officio”, se da un procedimiento no respetuoso del principio de legalidad, y en materia penal, incluyendo la de menores, debe regir dicho principio de manera estricta, es decir, legalidad sustantiva, no sólo formal. Por ello se considera que la LTMI no contiene preceptos suficientes para evitar actos ilegales por no provenir de autoridad competente, como es el caso de que un funcionario de jurisdicción lleve a cabo actos para inquirir la causa, o al revés, que el funcionario de acusación funde y motive actos de jurisdicción<sup>984</sup>.

Por otra parte el artículo 36, fracción V, de la LTMI, regula como derecho procesal del menor el no declarar; asimismo, este derecho se reconoce cuando el menor está bajo la autoridad del Consejero Unitario, aunque el artículo 35, fracción II, inciso d) de la misma, regula la facultad del Comisionado para tomar la declaración del menor. En dichas disposiciones se observa de cierto modo un sentido inquisitorial, el cual se repite en el artículo 46 de la LTMI que dice que cuando el Ministerio Público entregue a un menor al Comisionado, éste debe practicar las diligencias para comprobar la participación del menor en la infracción, lo cual significa una aberración procesal, ya que puede permitirse al

---

delito imputado tenga sanción corporal, ya que claramente dice “sólo por delito que merezca pena corporal”, sin embargo, la LTMI en sus artículos 110 a 119 que hablan del tratamiento interno, no refiere otra cosa más que la ejecución de la resolución en la que se decreta una pena privativa de libertad, que aunque la frase suene fuerte, tratándose de menores, dicho tratamiento interno viene siendo una pena corporal, encontrándose así una violación al artículo 18 Constitucional, amén de que la prisión preventiva si está prevista de manera muy clara en la Ley en varios de sus artículos como lo es el 93. V. **HERRERA ORTÍZ**, “Los menores infractores en la Ley penal (Segunda Parte)”, en *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XLIV, Editora del Gobierno de Veracruz, México, Octubre-Diciembre 1991, págs. 43-45.

<sup>983</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 54.

<sup>984</sup> *Ibidem*; op. cit., págs. 54-55.

funcionario de acusación obtener la confesión del menor, consistente en declaraciones autoinculpatorias, facultad que rebasa todo criterio de razonabilidad al vincularse con el artículo 57, fracción I, de la LTMI, que establece que en la fase inicial del procedimiento, la aceptación por parte del menor de los hechos que se le atribuyen, estando presente su Defensor, tiene carácter de prueba. De igual forma se debe hacer notar que por oscuridad de la Ley, los encargados de la administración de justicia, sean Consejeros Unitarios, Ministerios Públicos, Comisionados, etc... violan sistemáticamente el derecho a la no autoincriminación, ya que propician las declaraciones de los menores antes de que éstos sean asistidos por el Abogado Defensor, si bien aceptan la fórmula meramente declarativa que supone la presencia de dicho Defensor en el momento mismo de la declaración del menor; situación que además atenta contra lo establecido por el artículo 40.2, inciso b), iv), de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el artículo 20, fracción II, de la Constitución Política, que postulan el derecho de defensa<sup>985</sup>.

Al respecto la Constitución Política desarrolla un principio complejo de defensa, que vinculado con el derecho de no auto incriminación, permite considerar como parte de la garantía de defensa, el derecho a una asistencia especializada antes de hacer cualquier declaración. Dicho derecho también es violado en la realización de los estudios biopsicosociales, los cuales necesariamente implican elementos autoincriminatorios que además no admiten posibilidad de contradicción, todo ello contrario a un régimen de garantías. Y es que a pesar de que tales estudios y el dictamen que se emite al concluirlos no tienen una naturaleza formalmente vinculatoria, sí constituyen elementos de persuasión para el Consejero Unitario al dictar la resolución definitiva. Tal situación es obvia cuando el menor si se llegase a negar a cooperar en las distintas entrevistas que se practican durante los estudios en atención a su derecho a no declarar, esa negativa sería interpretada como un síntoma de algún desorden de la personalidad, que influiría negativamente en el juicio de quien decide sobre su situación jurídica. Por lo tanto, el derecho de defensa debe abarcar y

---

<sup>985</sup> Ibidem; op. cit., págs. 59-60.

respetarse no sólo en las declaraciones rendidas ante el Comisionado y el Consejero Unitario, sino también en todas las fases que integran de algún modo el procedimiento<sup>986</sup>.

Por lo expuesto anteriormente, es importante reestructurar el procedimiento instaurado a los menores infractores en México, de tal forma que la indagación, actos de molestia y control de desahogo de pruebas, sean actos exclusivos de autoridades especializadas en atención de asuntos de menores, replanteándose reglas que no permitan al funcionario de acusación instruir a su vez el procedimiento, desahogar pruebas y emitir resoluciones respecto a la imposición de la medida a aplicar al menor por haberse acreditado la comisión de la infracción y participación. En efecto, la existencia de autoridades propias de menores deriva de criterios internacionales y de la naturaleza misma del sistema, por lo que la imposición de las medidas, así como la expedición de toda orden de aprehensión y demás actos de molestia que con causa legal se infieran a los menores, deben ser propios y exclusivos de la autoridad judicial para menores. Asimismo, las funciones de persecución e investigación de la infracción deben estar a cargo de funcionarios propios y de sus auxiliares, especializados en la materia de menores y por consiguiente de autoridades diferentes a las que emitan la resolución definitiva.

#### **2.4. La naturaleza y atribuciones otorgadas al Consejo de Menores causantes de problemas en actos de carácter jurisdiccional**

Otro problema que observamos en la LTMI es la naturaleza administrativa desde el punto de vista orgánico de los Consejeros Unitarios, quienes, paradójicamente no están investidos de facultades para librar actos de molestia en contra de los menores infractores<sup>987</sup>, pero sí para resolver el fondo del proceso. Aunado a ello, lo referido por el

---

<sup>986</sup> Ibidem; op. cit., 2000, pág.60.

<sup>987</sup> Como ejemplo de lo anterior algunos autores consideran que la medida de seguridad de la prohibición de asistir a determinados lugares, se traduce en una limitación a la libertad del derecho de tránsito garantizado por el artículo 11 Constitucional, precepto legal que a su vez delimita los casos en que esta garantía puede ser restringida. Así bien la restricción al derecho de tránsito de los menores por todo el país no puede ser limitado por una autoridad administrativa, salvo los casos referidos en el artículo citado y, en materia penal, autoriza a la autoridad judicial para hacerlo en caso de responsabilidad criminal únicamente. Y la redacción del artículo

artículo 4º de la LTMI, fortalece la tesis de que los órganos de jurisdicción de los menores no están en condiciones de preservar la garantía de imparcialidad y autonomía que prevé el artículo 17 de la Constitución Política Mexicana en beneficio de todas las personas. El hecho de que el artículo 4º de la Ley que nos ocupa disponga que el Consejo de Menores es un órgano administrativo, desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, dotado de autonomía técnica, y que en el artículo 5, fracción I, de la LTMI, se ordene que el Consejo aplique las disposiciones establecidas en la Ley con tal autonomía, no son garantía suficiente de imparcialidad y autonomía, ya que en las actuaciones tales garantías se ven anuladas por la conformación vertical y la designación de los encargados de la jurisdicción en el caso de menores<sup>988</sup>. En los actos propios de la justicia de menores la garantía de imparcialidad se podría lograr si el órgano encargado de resolver el proceso fuera independiente e integrado en el Poder Judicial<sup>989</sup>.

El sistema de justicia de menores está atentando contra el principio de legalidad, ya que en la LTMI se atribuye a un órgano del poder ejecutivo la función de aplicar la Ley al caso concreto, teniendo a su vez la facultad de imponer las medidas procedentes, trayendo

---

aludido se refiere al órgano y no a la función jurisdiccional al decir “autoridad judicial”. Las funciones del Estado pueden analizarse desde el punto de vista tanto formal como material. De lo dispuesto en dicho precepto constitucional se afirma que la imposición de esta clase de medidas por autoridades formalmente administrativas respecto de alguna responsabilidad criminal son inconstitucionales. Cfr. **MURILLO DE LA ROSA**, “Pautas para una nueva legislación que regule la responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., pág. 159.

<sup>988</sup> “La fuerza de la jurisdicción reside en su naturaleza constitucional de función autónoma que ejercita un órgano independiente. Y considerando que el control de la autonomía ocurre a través del proceso debido, es conveniente advertir que las normas que crean a los Consejos de Menores como órganos dotados de autonomía técnica, instauran órganos extraños a la doctrina procesal, y no es en modo suficiente para colmar la autonomía constitucional para decir el derecho”, **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 34.

<sup>989</sup> “No deja de llamar la atención la decisión del legislador de dejar dentro de la esfera administrativa a los tribunales de menores, en virtud de que: la imposición de las penas, según lo establece el artículo 21 Constitucional, es propia del poder judicial; no se garantiza la distinción entre acusación, defensa y decisión, ya que el Comisionado, -órgano acusador- depende también de la Secretaria de Gobernación; la Convención de los Derechos del Niño -que conforme al artículo 113 Constitucional es Ley suprema de la nación- establece que las causas contra menores sean dirimidas por la autoridad judicial competente, y el que el Consejo sea de carácter administrativo no garantiza un trato más humanitario, menos formalista ni más expedito hacia los menores”, **AZZOLINI BINCAZ**, “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal...”, op. cit., pág. 320.

ello como consecuencia que en el poder ejecutivo se concentre la facultad de acusar y juzgar a los menores infractores<sup>990</sup>.

En efecto, existen opiniones en el sentido de que la naturaleza y atribuciones de dicho órgano no permiten considerar sus actos como formalmente jurisdiccionales, aunque de hecho tengan jurisdicción material. Por ello se considera que las resoluciones que emite este órgano carecen de sustento constitucional, en virtud de que de acuerdo con el artículo 21 Constitucional, se establece que corresponde exclusivamente a la autoridad judicial la imposición de penas. Y no vale justificar dicha intervención bajo el argumento de decir que las autoridades que se encargan de administrar justicia en materia de menores infractores, y que en este caso son los Consejos de Menores, lo que imponen son medidas y no penas<sup>991</sup>, toda vez que consideramos que cualquier medida privativa de libertad o restrictiva de derechos, finalmente significa una sanción, llámese pena, llámese medida<sup>992</sup>.

---

<sup>990</sup> Cfr. **MURILLO DE LA ROSA**, “Pautas para una nueva legislación que regule la responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., págs. 158 y 160. “El órgano responsable de sujetar a procedimiento formal y conforme al principio de legalidad y de emitir resoluciones que implican actos de molestia a los menores, con el mismo alcance jurídico y físico de las penas o medidas de seguridad, no es competente, ni tiene carácter jurisdiccional con lo que una mera autoridad administrativa, en violación al artículo 21 Constitucional, hace justicia, aunque se le designe de otra manera”, **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., pág. 436.

<sup>991</sup> “Otro problema de las legislaciones de menores es el relativo a la jurisdicción. Este principio se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional, que recoge el derecho a la jurisdicción como garantía del debido proceso. El mismo principio se incluye en la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta garantía no se satisface en ninguno de los casos de las leyes estudiadas, ya que los órganos encargados de la aplicación de las medidas para menores tienen carácter formalmente administrativo; y aunque materialmente realicen funciones jurisdiccionales, bajo una interpretación estricta tanto de la Constitución como de la Convención sobre los Derechos del Niño, las funciones de estos organismos carecen de sustento legal, habida cuenta de lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución, el cual ordena que la aplicación de las penas es exclusiva de las autoridades judiciales. No cabe replicar en este punto que las medidas aplicables a los menores no tienen el carácter de penas, sobre todo de aquellas que son aplicadas en internamiento si se atiende al contenido de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores Privados de Libertad”, **RIOS ESPINOSA**, “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores...”, op. cit., pág. 33.

<sup>992</sup> Sobre la actuación del Consejo de Menores, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado: “Que aún cuando técnicamente el origen y la naturaleza del Consejo de Menores... es la de un órgano administrativo cuyo objeto consiste en la aplicación de las disposiciones sustantivas y de procedimiento, justo por la actividad que materialmente despliega, es que la misma tiene carácter eminentemente jurisdiccional, y por lo mismo, de intérprete y aplicador de normas de derecho tendente a la resolución de controversias que atañen a la conducta ejecutada por un menor de edad y eventualmente adjetiva como constitutiva de un tipo delictivo. Todo lo anterior, a pesar del origen administrativo de ese organismo, pues de la dilucidación de su función, es claro que ésta es de carácter jurisdiccional. De este modo aún cuando es válido restablecer como administrativo todo acto emanado de una autoridad administrativa o de gobierno, no cabe soslayar que al apoyarse ésta en un conjunto de normas que la autorizan a implementar un procedimiento en forma de juicio y de dictar resolución definitiva que pone fin al mismo, es que materialmente se le otorga también la potestad



Para que sea correctamente aplicada la actuación y competencia de autoridad debemos recordar que todo Juez debe estar investido de autonomía, y que el órgano jurisdiccional debe tener independencia orgánico-constitucional, para realizar el cumplimiento de su función de manera imparcial. El incumplimiento sistemático de estas condiciones en la LTMI se observa en la primera etapa procesal llamada “De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado”, en la que se faculta al Comisionado para instruir el procedimiento a un menor y practicar las diligencias para comprobar su participación en la comisión de una infracción, tal y como lo dispone el artículo 46 de tal Ley, y en la segunda etapa procesal, denominada “De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial”, en la que el Consejero Unitario se le atribuye recabar y practicar diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos. Estos supuestos plantean un sistema inquisitorial ciertamente moderno que vuelve inoperante el derecho a que sea el Juez quien se imponga a todos los actos de control y coacción en el proceso y en la constitución de la prueba al interior del mismo<sup>993</sup>.

Dado que la fuerza de la jurisdicción reside en su naturaleza constitucional de función autónoma que ejercita un órgano independiente, y considerando que el control de la autonomía ocurre a través del debido proceso legal, se observa que la norma contenida en el artículo 4 de la LTMI y que aborda la creación del Consejo de Menores como un órgano con autonomía técnica<sup>994</sup>, resulta ser un concepto extraño a la doctrina procesal, y no es suficiente para justificar la autonomía como facultad Constitucional para decir el derecho. De acuerdo con el artículo 8 de la Ley, la autonomía técnica reside en nueve figuras

---

de aplicar y decir el derecho, no obstante su origen formal administrativo que en forma alguna inhibe para dictar un auto de contenido jurisdiccional, puesto que legalmente con ello dirime una controversia de orden jurídico, y por excepción es que sin constituirse como autoridad judicial dicta resoluciones de orden jurisdiccional”, Cfr. **VILLANUEVA CASTILLEJA**, “Necesidad de unificar de manera integral el tratamiento de los menores infractores...”, op. cit., pág.61.

<sup>993</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág. 48.

<sup>994</sup> “La naturaleza desconcentrada y de mera autonomía técnica del Consejo le impide constituirse en tribunal de la administración, y sus resoluciones, de orden conmutativo, sólo pueden combatirse, como cualquier otro acto administrativo, por la vía del amparo indirecto, pues reconocidamente no tienen el carácter de sentencia, laudo o resolución, que aspire al llamado amparo-casación”, **GONZÁLEZ DE LA VEGA**, *Tratado sobre la Ley penal mexicana...*, op. cit., pág. 437.

distintas las cuales por su naturaleza realizan funciones diversas. Únicamente la Sala Superior y los Consejeros Unitarios tienen a su cargo la función jurisdiccional, y sin embargo, comparten con otras entidades de naturaleza distinta, como es la Unidad de Defensa de Menores, la así conceptualizada autonomía técnica, que por ser atribuida como facultad tanto de funcionarios que ejercen la jurisdicción, como de otros que no lo hacen, se convierte en una facultad de contenido difuso, la cual no es suficiente para investir a los funcionarios de jurisdicción de la calidad de garantes de una impartición de justicia, dictada en autonomía e independencia, tal como lo manda la norma contenida en el artículo 17 Constitucional<sup>995</sup>. Con esto se considera que el sistema de justicia para menores infractores que establece la LTMI, aún no logra asumir el principio de jurisdicción que recoge la Convención sobre los Derechos del Niño y que proclama la Constitución Mexicana.

Una opción a considerarse es establecer un tribunal jurisdiccional para menores infractores, el cual podría instaurarse como autónomo e independiente, de conformidad con el artículo 17 Constitucional, o bien, crearse como un tribunal especializado, pero también integrante del Poder Judicial<sup>996</sup>.

---

<sup>995</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., pág.49.

<sup>996</sup> Interpretando conjuntamente los artículos 14 y 104, fracción I, Constitucionales, y teniendo en cuenta el modelo de Estado adoptado por la Constitución Política Mexicana en su artículo 40, se debe considerar que fuera de los casos previstos para el arresto, únicamente corresponde al poder judicial de la federación privar a una persona de su libertad. Por ello, los menores deben ser juzgados por una autoridad judicial, no sólo por razones de respeto a sus derechos fundamentales, motivo más que suficiente, sino también por razones de aplicación de la justicia de menores. Y es que la inobservancia del diseño Constitucional trae aparejados ciertos problemas de aplicación de la Ley, como puede ser la detención de una persona por la comisión de un delito, ya que la única forma de detener a ésta, de acuerdo al artículo 16 Constitucional, es en casos de flagrancia, libramiento de una orden de aprehensión, o por una orden de detención, con los requisitos y en los supuestos previstos en tal artículo, y ninguna autoridad que no sea judicial, o en su caso, el Ministerio Público, puede proceder a ordenar la aprehensión o detención de un menor, quedando entonces como única causa la flagrancia. Por lo que el menor debe ser juzgado por un Juez, dado que éste tiene la facultad de poder hacerlo comparecer a juicio, lo que en la actualidad con los Consejos de Menores no ocurre. Cfr. **MURILLO DE LA ROSA**, “Pautas para una nueva legislación que regule la responsabilidad penal de los menores...”, op. cit., págs. 160-161. Por su parte **HERRERA ORTIZ** es de la idea también de que “De la simple lectura de las disposiciones antes transcritas de la nueva Ley, fácilmente se puede observar que, para las órdenes de presentación se exige que se cumpla con lo establecido en el artículo 16 Constitucional, con lo cual trató de apegarse a dicha disposición, lo que desde nuestro particular punto de vista no se logró debido a que el 16 Constitucional habla claramente y sin lugar a dudas de órdenes de aprehensión o detención y no de órdenes de presentación; por otro lado se refiere a que uno de los requisitos fundamentales para su libramiento consiste en que se trate de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal, lo cual desde el punto de vista estrictamente literal, la nueva Ley sólo se refiere a tratamiento interno, que aunque de hecho es privación de

## 2.5. La falta de normativa para brindar la asistencia social a menores de once años de edad

La LTMI en su artículo 6º refiere que el Consejo de Menores es competente para conocer de la conductas tipificadas por las leyes penales, de menores mayores de once años y menores de dieciocho, siendo los menores de once años de edad sujetos de asistencia social, por parte de instituciones públicas y privadas que se ocupen de proporcionarla, las cuales a su vez se constituyen como auxiliares del Consejo. Sin embargo, este supuesto en la práctica sufre de carencia de un marco normativo e institucional que sin confiscar los derechos, brinde la atención que requieren éstos menores. En efecto, se les coloca frente a una multitud de obstáculos y restricciones que limitan o nulifican sus derechos<sup>997</sup>.

Aunado a lo anterior, hay funcionarios públicos encargados de administrar la justicia, que ignoran que trámite seguir ante los asuntos de menores de once años de edad, debido a falta de preparación y criterio, amén de que adolecemos de un sistema de justicia juvenil claro y adecuado en lo relacionado a estos menores y la asistencia social, desencadenando dichas actuaciones en violación a los derechos procesales de los menores y a lo estipulado en ordenamientos de carácter internacional, como son la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>998</sup>.

---

libertad, legalmente no se reconoce como tal, y por último el 16 Constitucional prohíbe a la autoridad administrativa retener en su poder al detenido y le ordena lo ponga de inmediato a disposición de la autoridad judicial, y el artículo 4º de la Ley para el Tratamiento de Menores establece: *Se crea el Consejo de Menores como órgano administrativo desconcentrado*, por tal motivo, aunque la orden de presentación le sea pedida a una autoridad judicial para que la expida, una vez girada, el Consejo de Menores carece constitucionalmente de competencia para retener al menor en su poder”, **HERRERA ORTÍZ**, “Los menores infractores en la Ley penal (Segunda Parte)”, en *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XLIV, Editora del Gobierno de Veracruz, México, Octubre-Diciembre, 1991, pág. 30.

<sup>997</sup> **AZOLA**, *Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores*, en *Alegatos*, No. 33, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996, pág. 309.

<sup>998</sup> Respecto a ejemplos claros de violaciones a derechos procesales de menores de once años de edad, consultar el artículo elaborado por **GARCÍA ESPINOSA DE LOS MONTEROS**, “Los niños violadores del Distrito Federal”, en *Bien Común*, No. 106, Año 9, Publicación Mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C., Octubre, 2003, págs. 60-62. En el mismo se trata de asuntos en los que el Ministerio Público gira orden de investigación, localización y presentación a la policía judicial para menores que no han alcanzado los once años de edad, y que se les imputa la comisión de hechos relacionados con violaciones, robos, lesiones, daño en propiedad ajena y otros.

Cabe referir que de conformidad con el artículo 46 de las Directrices de Riad, el Estado se encuentra obligado a prestar asistencia en términos de servicio comunitario residencial, respetando siempre los derechos humanos y las garantías procesales y, siguiendo el artículo 3.2 de las Reglas de Beijing, la intervención asistencial del Estado debe ocurrir en una relación jurídico-formal, en la que se respete la voluntad de los niños y los adolescentes. Es de observarse que en la LTMI no se establece la exigencia de seguir un procedimiento en el que objetivamente se establezca la necesidad de la asistencia y ello se realice cuidando las garantías y derechos fundamentales del menor, lo cual debe regularse atendiendo a los postulados internacionales en materia de menores<sup>999</sup>.

## **II. LETRADO DEFENSOR**

### **1. Aspectos conflictivos de las actuaciones del Letrado Defensor observados en la LORRPEME**

Se dice que la intervención del Letrado Defensor en los asuntos de menores infractores, supone una de las mayores novedades previstas por la LORRPEME, ya que su participación no sólo se limita durante la instrucción y audiencia, como estaba regulada por la anterior Ley de menores, si no en todas y cada una de las fases del procedimiento, como se refiere en la Exposición de Motivos de la misma. Así pues, el Letrado Defensor del menor puede realizar los siguientes actos: solicitar que se le dé vista de lo actuado, lo cual deberá hacerse en un plazo no mayor a veinticuatro horas; puede solicitar durante la instrucción la realización de diligencias que considere necesarias, incluyendo las que afecten derechos fundamentales, debiendo acordarse motivadamente si procede, o no, su petición, pudiendo reproducir la misma ante el Juez de menores, en caso de que ésta no se admitiese; puede solicitar que se recabe la declaración del menor durante la misma

---

<sup>999</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., págs.31-32.

instrucción, debiendo recibir ésta el Ministerio Fiscal, a excepción de los supuestos previstos por la Ley; debe ser escuchado en los casos en los que el Ministerio Fiscal haya solicitado del Juez de menores la declaración de medida(s) cautelare(s) para el menor; puede presentar escrito de alegaciones en concordancia con el emitido por el Ministerio Fiscal; entre otros. Cabe señalar que la participación e intervención del Letrado Defensor en los procesos penales instruidos contra menores es ahora reiterada en la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre.

Siguiendo lo anterior, nos permitimos citar lo que dice VIDAL MARTÍNEZ al respecto: “En la Exposición de Motivos, apartado II, no. 9 y párrafo 2º, después de las figuras del Magistrado y Ministerio Fiscal, se alude al Letrado del menor, expresando sus cometidos que en términos generales serán: a) La participación en todas y cada una de las partes del proceso; b) Conocimiento en todo momento del contenido del expediente; c) La facultad de proponer pruebas; d) Su intervención en todos los actos; e) Su intervención también en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor; f) Solicitar la modificación de la medida impuesta al menor. Más adelante en el desarrollo de su articulado, en el artículo 22, no.1, letra b, queda indicado lo siguiente: Que desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho entre otros a: 1º) Designar Abogado que le defienda o que sea designado de oficio; 2º) Entrevistarse reservadamente con su Letrado, incluso antes de prestar declaración”<sup>1000</sup>

En el mismo sentido, encontramos lo citado por PÉREZ MARTELL: “Las novedades que se producen con el Letrado en la LORPM hacen referencia a que, a) Por un lado, interviene en todas las fases del procedimiento. Esta circunstancia se puso de relieve en la Exposición de Motivos de la LORPM: conoce en todo momento el contenido del expediente, propone pruebas, interviene en todos los actos que se refieren a la valoración

---

<sup>1000</sup> VIDAL MARTÍNEZ, *La nueva responsabilidad penal del menor*, Editorial Economist & Jurist, 2000, pág. 145.

del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que podrá solicitar modificación”<sup>1001</sup>.

No obstante lo anterior, consideramos que la intervención del Letrado Defensor conforme se encuentra regulada en la LORRPEME, presenta diferentes aspectos conflictivos, amén de que en muchos preceptos legales se ha omitido la regulación expresa de la misma, lo cual puede desencadenar la posible violación de diversos principios procesales, como son los de derecho de defensa, contradicción, igualdad y oralidad, entre otros, aspectos que desarrollaremos a continuación.

### **1.1. La actuación como Defensor del menor presentado ante la Policía o Fiscalía**

(Artículos 17 y 22 de la LORRPEME)

Este supuesto lo ubicamos dentro de la fase de instrucción. De acuerdo al artículo 22. b) de la LORRPEME, la designación de Abogado como Defensor del menor sólo se refiere desde la incoación del expediente<sup>1002</sup>. Podríamos pensar que la regulación de su

---

<sup>1001</sup> **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del...*, op. cit., pág. 200.

<sup>1002</sup> La incoación del expediente coincide con la admisión a trámite de la denuncia. Desde que ésta se produce, el menor ya necesita algunos de los derechos que le reconoce el art. 22 de LORRPEME a partir de la incoación del expediente (la asistencia letrada para su declaración ante el Ministerio Fiscal o la notificación de la incoación del expediente, y por tanto, de la imputación que contra él existe –art. 118 Lecrim-). De ahí que la Ley no haya contemplado una fase previa. Su introducción recurriendo para ello supletoriamente al art. 785. bis Lecrim no resulta viable, pues este precepto tiene sentido en el proceso abreviado, y no en el de menores. Y ello porque si bien en aquél la instrucción corresponde a un Juez, mediante dicho artículo se permite que en ciertos casos aquél pueda llevar a cabo una especie de instrucción preliminar, lo que representa un tímido avance en dirección a la atribución al Ministerio Fiscal de la instrucción que, no obstante, no deja de ser la introducción de este precepto en el proceso penal de menores, en el que esta función ya se asigna por completo al Ministerio Fiscal. V. **GARCÍA PÉREZ**, “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores...”, op. cit., pág. 725. Para **HUÉLAMO BUENDÍA**, respecto al derecho del menor de entrevistarse reservadamente con su Letrado Defensor, recogido en el artículo 22, letra b), de la LORRPEME, el mismo debe referirse necesariamente a un momento procesal posterior a la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, tal y como se deriva de la propia interpretación literal y gramatical del precepto, lo que excluirá la posibilidad de ejercitar este derecho durante la detención policial. En efecto, como indica el artículo 22.1, letra b), de la Ley que nos ocupa, el derecho del menor a entrevistarse con su Letrado Defensor incluso antes de prestar declaración, debe estar referido de forma clara e inequívoca a momentos de actuación policial y procesal posteriores a la decisión del Fiscal de dictar el decreto de

intervención hasta ese momento, junto con el conocimiento de que existe un procedimiento penal en contra del menor fue con el objeto de “proteger” a éste, evitando que se vea involucrado en investigaciones o sujeto a algún procedimiento, cuando aún existe duda respecto a su relación y participación en los hechos imputados<sup>1003</sup>; situación que consideramos que lejos de procurar el interés del menor, va en contra del mismo, ya que hasta el instante en el que el Ministerio Fiscal decida incoar el expediente, en virtud de que se supone ya ha realizado las diligencias preliminares necesarias de investigación, se le comunica que tiene una imputación en su contra<sup>1004</sup>, y que puede contar con la asistencia de Letrado para su defensa. Así pues, como se manifiesta en el ordenamiento legal citado, es desde el momento de la incoación del expediente cuando el menor tendrá derecho a designar Letrado que le defienda, o a que le sea designado de oficio, y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

En efecto, la designación del Letrado Defensor para el menor como está establecida por el artículo 22. b) de la LORRPEME, puede presentar confusiones y situar al menor en estado de indefensión, toda vez que hasta el instante referido, él y por consiguiente su

---

incoación del expediente. Por ello, este derecho y en general todos los restantes recogidos en el precitado artículo 22 carecen de efectividad legal en las actuaciones policiales de investigación y en la tramitación de las diligencias preliminares. V. **HUÉLAMO BUENDÍA**, “Derecho penal de menores...”, op. cit., pág. 365.

<sup>1003</sup> Sobre esta ponderación deben de tenerse en cuenta que, por un lado, la mera sospecha sobre un menor, que determine el inicio de pesquisas policiales o por parte del Ministerio Fiscal, cuando no existe imputación formal ni incoación del expediente, puede interpretarse como un presupuesto de investigación genérica, que no precisa de la comunicación de tales pesquisas al investigado ni del reconocimiento de sus derechos, dado que, de resultar negativo, se evita el darle la noticia de una investigación que perturbaría, sin duda, su tranquilidad. Cfr. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 139. A su vez **ARROM LOSCOS** considera que la verdadera razón de la existencia de estas diligencias preliminares, previas al decreto de incoación, no es sino la de establecer una duda razonable en torno a la credibilidad de la imputación, de la identidad y de la edad de los menores afectados por el procedimiento. Con ello lo que se pretende evitar es que el menor, con los perjuicios que de ello se pudieran derivar para el mismo, quede sujeto sin más al proceso. En ningún caso, dichas diligencias deben ser entendidas como auténtica instrucción, pues ésta se ordenará, tan sólo, tras el decreto de incoación del expediente de reforma y tras la designación del Letrado del menor al que, de inmediato, se le informará del alcance de la imputación y de las diligencias ya practicadas de forma previa. V. **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal con implicación de...*, op. cit., pág. 58. Con relación a este tema ver obra también de **SEBASTIÁN OTONES**, “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores...”, op. cit., pág. 4.

<sup>1004</sup> Siguiendo los preceptos de la LORRPEME, el menor sospechoso de criminalidad, salvo si ha sido detenido, desconoce la denuncia presentada en su contra, así como las diligencias preliminares que se están llevando a efecto en la Fiscalía. Cfr. **LOPEZ LOPEZ**, “Instrucción del expediente de menores: La declaración del imputado”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XI, No. 495, 2001, pág. 3.

Letrado Defensor, no tendrán conocimiento de la imputación que existe en su contra, y de las actuaciones que se hubiesen practicado<sup>1005</sup>.

Pero veamos, si el Ministerio Fiscal está facultado para realizar la práctica de dichas actuaciones o diligencias de investigación previas a la incoación del expediente, de acuerdo al derecho de defensa, consagrado primeramente por la propia Constitución en su artículo 24<sup>1006</sup>, el menor como acusado tiene derecho a conocer de inmediato los hechos que se le imputan, y a intervenir en el procedimiento a pesar de que se traten de “diligencias preliminares de investigación”,<sup>1007</sup> con el objeto de ejercitar de forma efectiva su defensa<sup>1008</sup>.

---

<sup>1005</sup> Ello nos puede llevar a concluir que si el Ministerio Fiscal practicase diligencias preliminares, es decir, actuaciones de investigación antes de incoar el expediente, el ejercicio del derecho de defensa del menor en ese momento no resultaría garantizado, salvo que se considere supletoria la aplicación del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no parece ser el propósito del legislador, si se tiene en cuenta la sistemática de la Ley. A pesar de ello, sí se admite que es el interés del menor el eje central y conforme a él se debe dar respuesta a cuanta cuestión resulte controvertida. Así pues en la práctica de diligencias preliminares, como puede ser la declaración del menor, se puede incurrir en la lesión del derecho de defensa, lo cual se evitará admitiendo que desde el momento que el atestado o denuncia llega al Ministerio Fiscal, se reconozca al menor los derechos recogidos en el art. 22 de la LORRPEME. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 690.

<sup>1006</sup> En efecto, el artículo 24 Constitucional establece que, 1) Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión; 2) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables, y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

<sup>1007</sup> V. **SERRANO GÓMEZ**, “La condición del imputado en el proceso penal”, *La Ley*, No. 4843, 1999.

<sup>1008</sup> Si sólo se le notificara al menor la incoación del expediente, se le excluye de la posibilidad de participación en esta fase de investigación previa a la incoación lo que, no cabe duda, afecta a su derecho constitucional a la defensa. V. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., pág. 98. El individuo ante quien se vaya a formalizar una acusación debe conocerla cuanto antes, para que pueda preparar su defensa dentro de un procedimiento equitativo y equilibrado, con igualdad de armas en la acusación y en la defensa, para que no pesen ni un ápice más las posibilidades de la primera que las de la segunda. V. **MARTÍNEZ RUIZ**, “Los derechos humanos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 4, 1982, pág. 38. Con la imputación, se dice, nace el derecho de defensa del que resulta imputado. Sin embargo, aparte de que, obviamente, el derecho de defensa en general, como derecho natural y constitucional, nace en cualquier momento en que son amenazados los intereses legítimos de la persona, el derecho a defenderse en el proceso penal o en las diligencias pre-procesales se inicia en cualquier momento, en que el ciudadano se entera de la existencia del procedimiento penal del que puede derivarse para él consecuencias penales o civiles. Así, es evidente que el simple denunciado puede defenderse, aunque no esté detenido, en la Comisaría de Policía y puede ser asistido de Letrado y, desde luego después de la aprobación de la LO 7/1988 que establece el llamado procedimiento abreviado, el derecho de defensa del inculcado surge, en toda su extensión, cuando la instrucción pre-procesal es iniciada por el Ministerio Fiscal (785.bis LECRIM). V. **VERGER GRAU**, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994, pág. 53. Asimismo, es conveniente ver las sentencias del Tribunal Constitucional que tratan la falta de asistencia letrada en la declaración policial de detenido (S 94/1983 y



En efecto, el ejercicio de una acusación contra una persona debe ser puesta en su conocimiento para que actúe su defensa y pueda operar el principio de contradicción<sup>1009</sup>.

Además de lo establecido por la Constitución, el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Ley por aplicación supletoria tal y como lo establece la LORRPEME), nos dice que toda persona a quien se le haga alguna imputación de acto punible, podrá ejercitar el derecho de defensa<sup>1010</sup>, estableciéndose que la admisión de

---

97/1986), así como sentencias sobre el derecho a asistencia letrada para el detenido y acusado (S 196/1987), las cuales las podemos revisar en **PUYOL MONTERO, GENEROSO HERMOSO, MUÑOZ FERNÁNDEZ**, *Manual práctico de doctrina Constitucional en materia de asistencia letrada y postulación*, Editorial Edigener, Madrid, 1992. Y sobre el derecho a la entrevista previa con el Letrado Defensor a la declaración podemos referir la Jurisprudencia 2005/179441 del Tribunal Constitucional. Vid. también la consulta 2/2005 de 12 de julio de la FGE: Menores. Detención del menor. Derecho a entrevistarse con su Letrado. El menor detenido antes de prestar declaración tanto ante la Policía como la Fiscalía. “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 Fiscalía consultante toma una postura decidida a favor de la tesis de la inexistencia del pretendido derecho, aunque constata la diversidad de opiniones existentes en la doctrina científica. Razonamiento en que la incoación del expediente es post a la fase policial según el artículo 16 y 22, y el artículo 17 nada específica. Concluyen. Se reconoce el derecho del menor detenido a entrevistarse reservadamente con su Letrado Defensor incluso antes de prestar declaración en sede policial siguiendo la línea exegética que entiende que cuando el art. 22.1 se refiere a la incoación del expediente lo hace en sentido amplio y teniendo en cuenta que la necesidad de protección, la preservación prioritaria de sus derechos, y la evitación de eventuales indefensiones, aconsejan que con carácter general las fuerzas y cuerpos de seguridad permitan esta entrevista cuando sea solicitada por el menor o sus representantes. Ello se excluye en los casos de menores acusados de terrorismo.

<sup>1009</sup> V. **MARTÍNEZ ARRIETA**, “Correlación entre acusación y sentencia alcance del principio acusatorio...”, op. cit., pág. 139.

<sup>1010</sup> El simple imputado, es decir, la persona que ha sido denunciada, o contra la que ha interpuesto querrela, o a la que un testigo o imputado le atribuye participación en un hecho punible, debe ser informada de la existencia de esta imputación (todavía no judicial) para que, si lo considera oportuno, pueda hacer uso de su derecho de defensa. Es decir, incluso antes de que el Juez se pronuncie, en su caso, sobre si debe admitir la denuncia o querrela ante él presentada, debe comunicarse la imputación -no judicial- al denunciado o querrellado. Esto no significa, sin embargo, que necesariamente dicha persona deba ser citada para ser oída antes de pronunciarse sobre la admisión de la denuncia o querrela, puesto que, en numerosas ocasiones, los datos aportados en la denuncia o querrela serán suficientes para que el Juez se pronuncie sobre su admisión. Pero si no lo fueran, no vemos inconveniente alguno para que, si el Juez necesita practicar actuaciones para comprobar la verosimilitud de la imputación, se conceda al denunciado o querrellado la posibilidad de intervenir en las mismas, a pesar de que todavía no se haya producido la imputación judicial. Por el contrario, si esas actuaciones de investigación se realizan a espaldas del afectado y luego el Juez, tras comprobar la verosimilitud de la imputación, le imputa formalmente el delito, se consideraría negativo, por un lado, el que a dicha persona no se le diera la posibilidad de intervenir, y por otro, los problemas que originaría posteriormente dar validez y eficacia a tales actuaciones sumariales. V. **TOME GARCÍA**, “Imputación, derecho de defensa y secreto del sumario”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1999, pág. 138. Asimismo, con relación al momento en que debe de informarse respecto a la acusación, se puede consultar la obra de **CAAMAÑO DOMINGUEZ**, “Algunas Consideraciones sobre el Derecho a ser Informado de la Acusación en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, Tomo I, 1998, págs. 461-486.

cualquier denuncia o actuación procesal será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados<sup>1011</sup>. A nuestro entender, las diligencias preliminares realizadas por el Ministerio Fiscal, son a su vez, actos de investigación, y de éstos pudiera desprenderse algún indicio que involucre a la persona, en este caso al menor, debiendo tener oportunidad el mismo para aportar elementos para su defensa, procurándose de esa forma el principio de contradicción, evitando incluso que se incoe el expediente<sup>1012</sup>.

Asimismo, debemos señalar que remitiéndonos al mismo artículo 22.c) de la LORPEME, observamos que en él se contempla el derecho de intervención del menor en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y de proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias. Por lo que la regulación de dicho derecho no debió ubicarse en ese artículo y de dicha forma, ya que éste se refiere a los derechos del menor a partir del momento de la incoación del expediente, y no al de la realización de investigaciones preliminares, lo cual puede llevarnos a confusiones.

No obstante, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, hace una especial referencia respecto a las diligencias preliminares, dejando en el entendido que sólo incoado el expediente se ejercitará el derecho de defensa<sup>1013</sup>. Sin embargo, como hemos expuesto,

---

<sup>1011</sup> Ciertamente es que el imputado aún no procesado, es también titular del derecho constitucional de la defensa, de tal forma que se ha de sostener la procedencia de instruir de tal derecho, antes de su declaración a cuantas personas hayan podido tener alguna participación en los hechos objeto del proceso (STC 37/1989, de 15 de febrero). V. **VERGER GRAU**, *La defensa del imputado...*, op. cit., pág. 57.

<sup>1012</sup> Sin embargo, algunos autores como DOLZ LAGO consideran que el párrafo segundo del artículo 118 de la LECRIM, según el cual cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados, puede ser un obstáculo para la anterior interpretación, ya que una investigación preliminar de oficio sobre un sospechoso puede que determine una actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, y al participar la misma al investigado, podría perjudicar la eficacia de esta investigación. V. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 140.

<sup>1013</sup> Una vez recibida la denuncia por el Ministerio Fiscal, éste practicará en su caso las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad del menor en su comisión; no se le obliga a comunicar al presunto inculcado la admisión de la denuncia o la práctica de las referidas diligencias. El menor sospechoso de criminalidad –salvo si ha sido detenido– desconoce la denuncia presentada en su contra, así como las diligencias preliminares que se están llevando a efecto en la Fiscalía. El que está obligado a oír al menor antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente es el Juez de menores, como

consideramos que el menor, al ser también sujeto de las garantías procesales de las que todo imputado goza, tiene derecho a ejercer su defensa, desde antes de la incoación del expediente, con lo que podría incluso, evitar llegar a esta situación<sup>1014</sup>.

Por otra parte, cuando el menor sea citado para desahogar cualquier acto de investigación o rendir alguna declaración, ante la policía o el Ministerio Fiscal, deberá contar siempre con la asistencia de Letrado Defensor, estando el mismo presente en todo acto en el que participe el menor, y mas aún encontrándose detenido<sup>1015</sup>, derechos que

---

ordena de forma expresa el art. 22.1. d) de la LORRPEME. Y es que el Ministerio Fiscal, por otra parte, debe procurar que el contacto del menor con el aparato represivo del Estado –especialmente si se trata de un delincuente ocasional- sea lo más breve posible. V. **DEL CAMPO BELTRÁN**, “El tratamiento penal del menor de edad”, en *Revista de Derecho Penal*, No.8, Enero, 2003, pág. 70. Criterio que no debiera aplicarse en virtud de las argumentaciones expuestas.

<sup>1014</sup> Por lo que hay que comunicar la apertura de investigaciones, en los siguientes supuestos: 1) A partir de la admisión de la denuncia (art. 118.2 LECRIM en relación con el art. 16.2 de la LORRPEME); 2) Si como consecuencia de una investigación genérica, fundada en meras sospechas indeterminadas, se decide realizar una actuación procesal de la que resulte una imputación a persona determinada, tales como la detención o la exploración del menor (art. 118.2 LECRIM en relación con el art. 17.1 de la LORRPEME); 3) Al incoar el expediente (art. 22.1 de la LORRPEME). V. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 140.

<sup>1015</sup> La detención de un menor deberá realizarse en la forma que sea menos perjudicial para el mismo. Las declaraciones que preste serán en presencia de su Letrado y de quienes ejerzan la patria potestad, tutela, o guarda, o en su defecto, del Ministerio Fiscal. V. **RAMON FERNÁNDEZ**, “Notas sobre el proyecto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Revista General de Derecho*, Octubre-Noviembre, 2000, pág. 12456. Por lo tanto, la declaración del menor detenido debe prestarse inexcusablemente en presencia del Letrado Defensor en cumplimiento de la normativa Constitucional (art. 17.2), que garantiza la asistencia del Letrado al detenido en los términos que la Ley establezca. Cfr. **APARICIO BLANCO**, “La detención y otras medidas de coerción...”, op. cit., pág. 45. El mismo efecto determinó la STS de 10 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9134), que precisó la necesidad de distinguir entre la asistencia letrada al detenido (art. 17.3 de la Constitución en relación con el art. 520.3 de la Ley Procesal), y la asistencia letrada del imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el artículo 24.2, dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso justo, indicando que los efectos de la falta de asistencia de Letrado son más trascendentales cuando afectan a quienes están privados de libertad, porque en esa situación el inculcado está mas necesitado de la ayuda profesional. V. **RIVES SEVA**, *La prueba en el proceso penal*, Editorial Aranzandi, S.A., 1999, pág. 162. Asimismo consultar obras de **ALONSO PÉREZ**, “Intervención del Abogado ante la Policía Judicial”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1996, págs. 1473-174; **GONZÁLEZ AYALA**, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 65-125; **GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA**, “La libertad de acceso del Abogado Defensor al detenido o preso en toda las etapas del procedimiento criminal”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 14, 1985, págs.19 -22; **OÑA NAVARRO**, “El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Constitución y garantías penales, Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, págs. 165-238; **QUERALT JIMÉNEZ**, *La asistencia letrada al detenido*, Ateler Penal, Barcelona, 1999, págs. 23-29; **SALIDO VALLE**, “La detención en la Ley de responsabilidad penal de los menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 31-54; **SOLDADO GUTIÉRREZ**, “El derecho del detenido a la asistencia letrada”, *Justicia*, No. 111, 1989, págs. 597-630.

además son contemplados por los cuerpos legales de carácter internacional, como son las Reglas de Beijing y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero ¿qué pasaría en el caso en el que el menor sea detenido y por lo tanto no se ha incoado el expediente -siguiendo lo regulado por la Ley-? La detención del menor la encontramos contemplada en efecto por el artículo 17 de la LORRPEME, que establece que toda declaración del detenido se realizará en presencia de su Letrado Defensor. Como norma supletoria de la regulación de la detención tenemos el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual contempla los derechos que asisten al detenido dentro de los que se encuentra precisamente el derecho a designar Letrado Defensor, y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración, interviniendo en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto, estableciéndose que en caso de que el detenido no nombre Letrado Defensor, procederá la designación de oficio. Así pues dicha asistencia jurídica podrá ser a través de defensor particular, o en su defecto, por medio del defensor que sea asignado de oficio, encontrándose la regulación respecto a la forma y requisitos para nombrar a éste en el Estatuto General de la Abogacía y la LOPJ.

Cabe señalar que para algunos autores como HERNÁNDEZ GALILEA, “La LORRPEME establece una especialidad importante que es la posibilidad de entrevistarse con el Abogado incluso antes de prestar declaración, a diferencia de lo que sucede con los adultos que sólo después de declarar pueden mantener esa entrevista. Como el artículo 22 hace referencia a los derechos que tiene el menor desde el mismo momento de la incoación del expediente, una interpretación literal llevaría a entender que la posibilidad de entrevista previa a la declaración sólo rige a partir de este momento”<sup>1016</sup>. Así lo entienden, entre otros, CEZÓN GONZÁLEZ, quien considera lo siguiente: “Obsérvese, por lo demás, que al establecerse un derecho a entrevistarse reservadamente con el Letrado, incluso antes de prestar declaración, no se está discrepando del régimen general del artículo 520, apartado seis, letra c, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que el presente artículo 22 se está refiriendo a derechos del menor una vez incoado el expediente, mientras que para la

---

<sup>1016</sup> HERNÁNDEZ GALILEA, *El sistema español...*, op. cit., pág. 154.

declaración policial -anterior a la incoación del expediente- el artículo 17 de la Ley no establece esa facultad de entrevistarse con el Abogado antes de la declaración”<sup>1017</sup>.

Siguiendo la línea de CEZÓN GONZÁLEZ, somos de la idea que la LORRPEME en efecto, establece en su artículo 22 los derechos del menor a partir de la incoación del expediente, mientras que en el artículo 17 de la misma Ley, sólo se refiere que la declaración de detenido se llevará a cabo en presencia de su Letrado, pero no nos dice nada si el menor al ser detenido goza de los mismos derechos de los que goza una vez incoado el expediente, lo cual debió haberse plasmado en dicho artículo 17, “desde un principio”<sup>1018</sup>, ya que como hemos manifestado anteriormente, se da a pensar que se deja al menor en estado de indefensión<sup>1019</sup>. Y decimos desde un principio, ya que la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha modificado el artículo 17, apartado 2, agregando un segundo párrafo que regula el derecho al menor detenido de entrevistarse reservadamente con su Letrado

---

<sup>1017</sup> CEZÓN GONZÁLEZ, *La nueva Ley Orgánica Reguladora...*, op. cit., págs. 92-93.

<sup>1018</sup> Hay autores que consideran que la posibilidad de entender que el menor no goza del derecho de entrevistarse con su Letrado Defensor antes de rendir declaración debió haberse previsto en virtud de que el art. 520. 6. c) incluye, entre los contenidos de la asistencia de Letrado el derecho de éste a entrevistarse reservadamente con el menor detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido. Sin embargo, el art. 22.1. b) de la LORRPEME puesto en relación con el art. 17, permite entender que, en el ámbito del procedimiento penal del menor, se garantizará la comunicación con el Letrado del menor detenido antes de su declaración, y que no cabría hacerse otra interpretación del mencionado art. 22 según el cual se reconoce al menor, desde el mismo momento de la incoación del expediente, designar Abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio, y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración. Podría afirmarse, ciertamente, que el art. 22 esta contemplando los derechos reconocidos de un menor tras la apertura de expediente contra el mismo, es decir, en sede Fiscal, no siendo de aplicación a los menores detenidos por la policía en las diligencias de investigación previas a la incoación de expediente por el Ministerio Fiscal, sin embargo, si la expresión examinada “incluso antes de prestar declaración”, no viniera referida mas que a los menores ya encausados, constituiría, en sí misma, una obviedad, pues es evidente que una persona que no está privada de libertad puede entrevistarse -y así lo hará- con quien desee sin necesidad de que se le reconozca como derecho específico por la Ley. La facultad otorgada en el precepto indicado, no puede tener otra interpretación que la de garantizar comunicación con Letrado por el menor detenido antes del interrogatorio policial, quedando a salvo, evidentemente, aquellos supuestos en los que se ha acordado la incomunicación del detenido en cuyo caso, de conformidad con lo establecido en el art. 527, no podrá disfrutar del derecho a entrevistarse con su Letrado Defensor (art. 527 Ley Enjuiciamiento Criminal). Cfr. APARICIO BLANCO, “La detención y otras medidas de coerción...”, op. cit., pág. 47.

<sup>1019</sup> En efecto, las únicas peculiaridades que contempla el artículo 17 respecto a la detención de menores son las relativas a la adecuación y separación de las dependencias, en las que el menor debe estar custodiado, y a la asistencia de los padres o representantes legales del menor a su declaración. Aún así, puesto que la entrevista con el Letrado no se menciona, cabría entender que el derecho que tendrá una vez incoado el expediente, con mayor motivo debe reconocérsele antes. No obstante, si el menor es detenido con anterioridad a la incoación del expediente, se le aplican las garantías de la detención de adultos y, en consecuencia, debe ser asistido por Letrado en las diligencias policiales y judiciales de declaración y en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, *El sistema español...*, op. cit., pág. 154.

Defensor con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración; modificación acertada y que clarifica los derechos procesales del menor<sup>1020</sup>.

Y es que no debe de caber la menor duda respecto a que el menor una vez detenido y aunque no se haya incoado el expediente, tiene derecho a entrevistarse reservadamente con su Letrado Defensor, a efecto de que sea debidamente asesorado antes de rendir su declaración, ya sea ante la policía o Ministerio Fiscal<sup>1021</sup>, y de que dicho defensor se encuentre presente; derechos que no sólo los encontramos regulados por leyes de carácter nacional, sino también por las de carácter internacional, como son las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>1022</sup>.

---

<sup>1020</sup> Cabe señalar que en alguno de los textos que se elaboraron del anteproyecto del Reglamento de la LORPEME, se preveía la posibilidad de que el menor se entrevistara con su Letrado antes de prestar declaración ante la policía, aunque el último texto elaborado suprime tal referencia.

<sup>1021</sup> Hay autores que son de la idea de que al menos debería consultarse al Ministerio Fiscal la posibilidad de que el menor se entreviste reservadamente con su Letrado Defensor antes de prestar declaración, debiendo el Ministerio Fiscal contar con la facultad de denegar esta entrevista previa, a la vista de las circunstancias del caso. Cfr. **GÓMEZ RECIO**, “Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...”, op. cit., pág. 616.

<sup>1022</sup> En ese sentido y con relación al reconocimiento de los derechos del menor, **ORNOSA FERNÁNDEZ** expone: “Derecho a que desde el primer momento esté asistido de Letrado y a que la declaración del menor se realice en su presencia. En este punto, entiendo que, pese a ser una cuestión polémica al no estar regulado expresamente en la LORRPM, se debería permitir por la policía que el menor se entreviste con su Letrado, incluso antes de prestar declaración ante ella. Si bien es cierto que habría que acudir, en este punto, al régimen supletorio de la LECRIM, por aplicación de la disposición final primera de la LORRPM que así lo determina para todo lo no previsto expresamente en ella, y que el art. 520.6.c) se refiere a que la asistencia del Abogado consistirá, entre otros extremos, en entrevistarse con el detenido al término de la práctica de la diligencia en la que hubiere intervenido, no hay que olvidar que las actuaciones con menores deben extremar al máximo las garantías, y que el art. 37 de la Convención de Derechos del Niño, de aplicación directa, determina en su apartado d) que todo niño privado de libertad debe tener derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica”, **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción...”, op. cit., págs. 202-203. Así pues si en los procesos penales de adultos, la entrevista con el Letrado Defensor sólo puede llevarse a cabo una vez terminada la diligencia, no se considera que deba aplicarse lo mismo para los procesos de los menores, en virtud de procurar el interés superior del mismo, ello con apoyo además en lo establecido en los ordenamientos legales de carácter internacional, ya citados. Asimismo, **FIERRO GÓMEZ** también es de la idea de que no debe olvidarse que estamos ante una jurisdicción especializada que prima en sus actuaciones la salvaguarda del interés del menor, y en el momento de la detención del menor, donde está privado de libertad, éste debe contar con asesoramiento adecuado, debiéndosele permitir al menor detenido la entrevista con su Letrado Defensor antes de la declaración ante la policía. Interpretación que además tiene su base legal en el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño de aplicación directa en España, conforme a lo establecido en el artículo 96 Constitucional, precepto en el que se determina en su apartado d), que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica u a otra asistencia adecuada. Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 413.

Cabe señalar que la actuación del Letrado Defensor ejercitando sus funciones de asistencia, respecto al menor detenido en las diligencias policiales, consisten primordialmente en requerir que se le informe a éste de los derechos establecidos por la Ley; solicitar una vez terminada la declaración, la ampliación de la misma, o de los extremos que considere convenientes; consignar en el acta cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica; entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido<sup>1023</sup>.

Otros derechos del menor y facultades reconocidas al Letrado Defensor, son las apuntadas por VIDAL MARTÍNEZ, quien comenta “Que la presente LORPEME en su Exposición de Motivos, punto 9, párrafo 2, recoge la anterior previsión y manifiesta que el Letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, con las siguientes facultades: 1º) Conocer en todo momento el contenido del expediente; 2º) Proponer pruebas; 3º) Intervenir en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor, y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar modificación”<sup>1024</sup>.

Con apoyo en lo expuesto por los autores citados y los ordenamientos y preceptos legales que hemos referido, el Letrado Defensor del menor<sup>1025</sup> debe conocer en su totalidad el expediente<sup>1026</sup>, incluso antes de la incoación del mismo; puede ofrecer pruebas necesarias y relevantes en cualquier momento; y debe tener conocimiento e intervención en las diligencias de investigación aún siendo preliminares, con el afán de salvaguardar los principios del derecho de defensa y contradicción<sup>1027</sup>.

---

<sup>1023</sup> V. CARBALLO ARMAS, “La progresión de los derechos fundamentales: El caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales”, en *Revista del Poder Judicial*, No. 64, Cuarto Trimestre, 2001, págs. 32-33.

<sup>1024</sup> VIDAL MARTÍNEZ, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 56.

<sup>1025</sup> El menor puede encontrarse ya sea en calidad de detenido, de inculpado, de presentado para desahogo de alguna diligencia de investigación, etc.

<sup>1026</sup> A excepción de cuando se decreta el secreto del mismo, aspecto también conflictivo del cual ahondaremos en su oportunidad

<sup>1027</sup> “El principio de defensa se entiende fundamental y de ahí que se justifique la presencia y actuación del Letrado de menor en todas las fases del proceso, y en todos los actos que se refieran a la valoración del interés del menor”, ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 138.

Para concluir este apartado por último referiremos que la posibilidad del Letrado Defensor, para asesor al menor antes de que este rinda su declaración ante la policía ha estado históricamente vetada en el derecho español, quedando reducida únicamente a la entrevista posterior a su declaración en la policía, cuando ya es demasiado tarde para evitar perjuicios a la defensa del menor<sup>1028</sup>; por lo que ha sido un avance de gran importancia la modificación que sufrió la LORRPEME por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en su artículo 17, apartado 2, segundo párrafo, en el sentido de que el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Letrado Defensor con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración<sup>1029</sup>.

## **1.2. La falta de regulación expresa de su actuación en algunos supuestos de la LORRPEME**

### **1.2.1. En la remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores**

(Artículo 3 de la LORRPEME)

Este supuesto lo observamos en la fase de instrucción. El artículo 3º de la LORRPEME, refiere que a los menores de catorce años que cometan un hecho delictivo (conducta que ha sido despenalizada de acuerdo a lo establecido por el artículo 1º de la LORRPEME para los menores de esta edad)<sup>1030</sup>, se les aplicará lo dispuesto en las normas

---

<sup>1028</sup> **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 688.

<sup>1029</sup> No obstante, hay autores que consideran que en esta fase de diligencias preliminares debe ser el Ministerio Fiscal el que acceda, o no, a dicha entrevista, con base en el criterio del superior interés del menor, que en algunos y reducidos casos exigirá prohibir el coloquio. Esta posibilidad debe usarse con mesura ponderando adecuadamente los casos en que resulta útil y necesaria, y debe ser la excepción a la regla general de acceder a la entrevista solicita con su Letrado Defensor. Cfr. **PINTADO MARRERO**, “Diligencias preliminares y aspectos de la instrucción del expediente”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pág. 521.

<sup>1030</sup> La LRPM declara expresamente que la no exigencia de responsabilidad penal a los menores de catorce años, se basa en la convicción de que las infracciones cometidas por niños menores de esta edad son generalmente irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquellas pueden producir alarma social, son



sobre protección de menores previstas en el Código Civil<sup>1031</sup> y otras disposiciones legales, para lo cual el Ministerio Fiscal deberá remitir a la Entidad Pública de Protección de Menores, testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y para que dicha entidad promueva las medidas de protección adecuadas a las circunstancias del menor<sup>1032</sup>. Como ya manifestamos, lo anterior nos hace pensar si siempre que se trate de asuntos en los que se encuentren involucrados menores de catorce años y que hayan cometido una infracción penal, el Ministerio Fiscal los tiene que remitir a la entidad de protección para que se promuevan las “Medidas de Protección Adecuadas”. Respecto a ello, el Ministerio Fiscal con base en el principio de oportunidad que la misma Ley le confiere, amén de lo expuesto por otros cuerpos legales, no tiene porqué hacerlo.

Por otra parte debemos señalar que el hecho de que se esté excluyendo a los menores de catorce años de una jurisdicción penal, no significa que forzosamente tengan que tener alguna consecuencia de carácter civil, como es el caso que esta marcando la LORPEME, al establecer que el Ministerio Fiscal remitirá los asuntos de los menores de esa edad, que considere precisos, a la Entidad Pública de Protección de Menores, para que

---

suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencia civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado. Así lo relevante para excluir del ámbito de la LORPEME a los menores de catorce años, no son las características personales del sujeto, sino puras consideraciones político-criminales: la intervención resulta vetada por el principio de necesidad de pena en el caso de las infracciones de bagatela, y cuando la gravedad de éstas exija una respuesta, ésta será preventivo-especial, pero extra-penal. V. **TERRADILLOS BASOCO**, *Responsabilidad penal de...*, op. cit., pág. 54.

<sup>1031</sup> En la actualidad, los menores de edad son responsables de sus actos con trascendencia penal, aunque sólo se les podrá aplicar las medidas contempladas en la LORPEME. Asimismo, se distinguen, según su edad, en grupos diferentes dentro de los que se encuentran los menores de catorce años, los cuales son considerados inimputables, y por lo tanto tan sólo se les puede aplicar las medidas de protección previstas en el Código Civil (Art. 3 LORPEME). Cfr. **MARTÍNEZ PARDO**, “La detención de los menores de edad”, en *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, Vol. V, Tomo VII, Editorial Thomson, Aranzadi, 2002, pág. 57.

<sup>1032</sup> La LORPEME excluye la intervención judicial con los menores de catorce años, sin importar la gravedad de los hechos. Esta decisión se encuentra ciertamente basada para no estigmatizar a estos menores, para que no se cumpla la profecía autocumplida, de que no aprendan a mentir en no reconocer su participación en los hechos o a no asumir su responsabilidad, y porque el número de casos en que se implican constitutivos de delitos o falta es escaso; amén de que son los servicios sociales quienes desde la perspectiva de protección han de intervenir con el menor. Cfr. **SÁNCHEZ PÉREZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 15.

se promuevan las medidas de protección adecuadas<sup>1033</sup>, pudiéndose atentar así contra el principio de legalidad, amén que observamos que no se refiere nada respecto a la posible intervención del Letrado Defensor del menor, antes de realizarse esa actuación por el Ministerio Fiscal<sup>1034</sup>. En efecto, el menor quizás no tenga o deba necesitar la medida de protección que se le está imponiendo, pero, ¿cómo puede defenderse de tal determinación, si ni siquiera se le está dando la oportunidad de hacerlo?<sup>1035</sup>

Pensamos que en este supuesto, el papel del Letrado Defensor tiene que jugar un papel sumamente importante, dándose oportunidad a su intervención desde antes de que el Ministerio Fiscal determine remitir los asuntos de los menores de catorce años de edad a la Entidad Pública de Protección referida, debiendo tener el Letrado Defensor conocimiento de los antecedentes y pormenores del caso, a efecto de que pueda manifestar las

---

<sup>1033</sup> Surge la preocupación de que por esa vía se produzca una especie de justicia administrativa paralela y que el menor y su familia acepten medidas, incluso más graves que las que se le hubiesen impuesto por el juzgado, dentro de un procedimiento en el que, al menos, hubiera contado con las garantías exigidas por los principios que lo inspiran. V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 124.

<sup>1034</sup> En efecto, después de intentar seducirnos con un galantismo de corte individualista y burgués, resulta que deja sin tan generosa protección a los más vulnerables. ¿Qué ocurre con un niño de trece años que roba o que mata? Con una invocación general al ámbito educativo y familiar y la cesión de competencias al ente administrativo correspondiente –una vez más hipertrofia de la administración y esclerosis de control judicial– se resuelve la papeleta. ¿No tiene derecho a ser defendido?. ¿Cómo se regula el proceso ante el órgano administrativo?. ¿Qué medidas puede imponerse en ese ámbito?. ¿Por cuánto tiempo?. Son demasiadas preguntas que dejan bien a las claras que la filosofía subyacente es la del control social, como se reconoce en la Exposición de Motivos que ventila todas estas cuestiones, justificando la laguna normativa, con una referencia al tipo de infracciones irrelevantes que cometen los niños de menos de catorce años y a la escasa alarma social que producen. Ambas referencias centradas en el hecho en sí y su trascendencia pública, sin ninguna correlación, ni relativa, son el interés superior del menor. Cfr. **RIOS MARTÍN y SEGOVIA BERNABÉ**, “La Ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: Del niño en peligro al niño peligroso”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 543.

<sup>1035</sup> Todo ello va contra la seguridad jurídica y el principio de legalidad porque si la conducta del menor no tiene trascendencia a efectos penales, y en este caso sí se puede hablar claramente de inimputabilidad o falta de culpabilidad, no se entiende por qué, de forma paralela y en todos los casos, la Administración tendrá que adoptar una medida protectora, con lo que, al no estar asesorado de un Letrado, el menor podría aceptar algún tipo de medida decidida por esa Administración en su protección, que incluso podría significar una consecuencia más gravosa que si se hubiese sometido al procedimiento de menores, en el que, por ejemplo, podría haberse acabado en un sobreseimiento de las actuaciones en razón de su interés. Se corre el riesgo de que a través de este precepto se produzca una especie de justicia paralela administrativa para los menores de catorce años, que supone una evidente contradicción con los principios y derechos que el propio art. 1 de la LORPEME, establece para las personas a las que se aplique esta Ley. V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 156.

argumentaciones que considere pertinentes; preservándose así los principios del derecho de defensa, contradicción, igualdad y oralidad.

Es evidente que el Ministerio Fiscal<sup>1036</sup> en estos casos toma conocimiento e inicia actuaciones, y aunque éstas no puedan continuarse para iniciarse un procedimiento penal en vista de considerarse al menor inimputable, lo cierto es que se continuarán aunque sus resultados recaigan en otra materia o vía; en tal virtud, si al Letrado Defensor del menor se le da conocimiento del asunto, puede ejercer los medios de defensa necesarios, ante las autoridades competentes, y evitar así que el menor sea sujeto a alguna medida que suponga mayor gravedad, a la que en su lugar se le hubiese impuesto de haber sido sometido al procedimiento penal instaurado para los menores imputables, y que hubiera sido terminado por decretarse el sobreseimiento o archivo del expediente.

Finalmente, con relación a este supuesto aprovechamos para plantear la interrogante siguiente: ¿puede detener<sup>1037</sup> la policía judicial a un menor de catorce años para la investigación del delito o aseguramiento de la persona?. Consideramos que de acuerdo a lo establecido por el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sí puede, amén de que dicha autoridad podrá realizar las diligencias necesarias para la investigación del delito. No obstante, somos de la idea de que si se requiere recabar la declaración de éstos menores, tendrá que ser acordado por el Ministerio Fiscal y, de procederse a ello, deberá reconocerse

---

<sup>1036</sup> Cabe señalar que ya se ha referido antes que no necesariamente es obligatorio para el Ministerio Fiscal enviar dichos testimonios a las entidades de protección, sino sólo lo hará cuando valore que se considera necesario, ello de acuerdo a la Circular de la Fiscalía General del Estado No. 1/2000.

<sup>1037</sup> La LORPEME no contempla reglas específicas sobre la detención judicial del menor, refiriéndose sólo a las detenciones gubernativas (policía y Ministerio Fiscal), pero en la práctica sí se pueden dar supuestos de detención judicial. V. **MARTÍNEZ PARDO**, “La detención de los menores de edad...”, op. cit. pág. 65. La policía judicial podrá, pues, proceder a la detención de un menor de catorce años en ejercicio de las atribuciones que le otorga el art. 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dirigidas a la averiguación de los delitos, descubrimiento del delincuente, y aseguramiento de la persona implicada, pudiendo, por propia autoridad, en el ámbito de las diligencias de prevención proceder a su detención. Se trata de una competencia natural de la policía judicial atribuida por la Constitución Española (art. 126), por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 445), y por el Real Decreto de 19 de junio de 1987, Regulador de la Policía Judicial; en virtud de los cuales podrá practicar por su propia iniciativa las diligencias de investigación criminal, con carácter previo a la apertura de las actuaciones judiciales, bajo la dependencia del Ministerio Fiscal (art. 20). V. **APARICIO BLANCO**, “La detención y otras medidas de coerción...”, op. cit., pág. 52.

los derechos procesales correspondientes, como es el derecho de contar con asistencia letrada<sup>1038</sup>.

### **1.2.2. En la declaración de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño.**

(Artículo 19 de la LORRPEME)

Ubicamos este supuesto dentro de la fase de instrucción. El artículo 19 de la LORRPEME, regula la posibilidad de desistimiento de la continuación del expediente por parte del Ministerio Fiscal, atendiendo a la menor gravedad y circunstancias de los hechos, siempre y cuando se reúnan los requisitos marcados por la Ley, y que además el menor se haya conciliado con la víctima<sup>1039</sup>, o haya asumido el compromiso de reparación del daño causado, o bien, se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico. Por otra parte, dicho artículo también refiere que el equipo técnico será el encargado de realizar las funciones de mediación entre el menor y la víctima<sup>1040</sup>, informando al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento. Asimismo, se establece que en caso de incumplimiento por parte del menor

---

<sup>1038</sup> Otra cuestión sería si es posible, o, en su caso, conveniente, que el menor de catorce años prestara declaración ante la policía. A tal efecto, si la policía tiene perfectamente delimitada la edad del menor, antes de practicar la misma, y sabiendo que el mismo está exento de responsabilidad penal, deberá ponderar los intereses en conflicto, dejando tal decisión al Ministerio Fiscal, quien valedor de los derechos del menor, deberá decidir si se realiza la misma para completar la investigación penal, aunque no sería en concepto de imputado, adoptando posteriormente las medidas de protección que permite la Ley, así como deberá valorar la conveniencia de no tomarle declaración. V. **MARTÍNEZ PARDO**, “La detención de los menores de edad...”, op. cit., pág. 78.

<sup>1039</sup> Sobre la conciliación y víctima ver las obras de **HERRERO MORENO**, “La conciliación menor-víctima en el ámbito de la desviación juvenil: Reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de Enero”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 425-442, y **SORIANO IBÁÑEZ**, “El principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 671.

<sup>1040</sup> El Reglamento de la LORRPEME en su artículo 4 reitera ello, al señalar que los equipos técnicos prestarán asistencia profesional al menor desde el momento de su detención, y realizarán funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado.

en la reparación del daño o compromiso adquirido, el Ministerio Fiscal continuará con la tramitación del expediente<sup>1041</sup>.

Sobre el particular, cabe observar que en la regulación de este precepto legal no se contempla la participación del Letrado Defensor del menor en el supuesto de conciliación con la víctima<sup>1042</sup>, en el compromiso de reparación del daño causado, o en la aceptación para cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe<sup>1043</sup>; con lo que se sitúa al menor en un estado de indefensión, ya que se trata de un acto de suma relevancia como lo es el “reconocimiento de hechos”, que influirá en la determinación del asunto, y al no estar asesorado o asistido por su Letrado Defensor puede verse afectado más

---

<sup>1041</sup> El art. 19 de la LORRPEME articula expedientes de mediación (la conciliación y reparación entre el menor y la víctima) que en los casos de delitos menos graves o faltas, permiten igualmente al Ministerio Fiscal sobreseer las actuaciones en los casos de menor gravedad de los hechos. Con uno y otro expediente se pretende compensar a la víctima mediante la satisfacción moral (conciliación) o económica (reparación), a la par que incidir sobre el menor, a quien se obliga a enfrentarse con su propia conducta para que comprenda sus consecuencias, pero sorteando a la vez el estigma que siempre supone la aplicación de una medida. Con todo, no puede dejar de apuntarse que si realmente la preocupación del legislador va en la línea de procurar hasta donde sea posible la solución extrajudicial del conflicto, parece incongruente la forma tan restrictiva con que regula la conciliación. Cfr. **GÓMEZ RIVERO**, “La nueva responsabilidad penal del menor...”, op. cit., pág. 9.

<sup>1042</sup> Todo ello no debe resultar incompatible con la necesidad de asistencia y orientación jurídica precisa, falta de asistencia que se acusa en los acuerdos extrajudiciales de reparación, y que puede derivar en la lesión de derechos del menor. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 693.

<sup>1043</sup> A la vista de la LORRPEME, podemos distinguir varios tipos de informes. Un informe especial de conciliación o reparación, incluso a iniciativa del equipo técnico, que contendrá la propuesta concreta y las medidas que se vislumbran para lograr una mediación entre la víctima y el menor, sustituyendo por ésta vía, el tradicional seguimiento del proceso, juicio y sentencia correspondiente. V. **TORRES GÁMEZ**, “El proceso reeducador en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)”, en *Revista de Derecho Penal*, No. 9, Mayo, 2003, pág. 91. Así pues se viene a atribuir a los equipos técnicos verdaderas facultades decisorias en un punto en que, en buena lógica, nunca se le debieron haber conferido. En efecto, la LORRPEME otorga al informe del equipo técnico un papel más trascendente para la suerte del procedimiento con lo que se va demasiado lejos. Una cosa es que los informes sobre las circunstancias sociales, familiares y personales del menor, emitidos por el equipo técnico, tengan un muy relevante papel a la hora de decidir la medida a adoptar, y otra muy distinta el vincular a su informe la capacidad de postulación del Ministerio Fiscal y la ulterior decisión jurisdiccional sobre duración de una medida, amén de que se considera de difícil aplicación una excepción de estas características, puesto que los profesionales del equipo técnico informaran, como no puede ser de otro modo, sobre las circunstancias del menor y no sobre la gravedad del hecho, cuya valoración y calificación jurídica corresponde sólo al Ministerio Fiscal y al Juez, por lo que en la mayor parte de los casos se duda que se atrevan a aventurarse a priori en un juicio de valor a dos años vista sobre la conveniencia, o no, de que tales medidas se prolonguen más allá. Nunca se les debió gravar con semejante responsabilidad. Cfr. **GARCÍA INGELMO**, “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la L.O. 5/00”, en *Estudios Jurídicos Secretarios Judiciales*, No. I-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 117.

adelante, sí, por alguna razón, se continúa con el trámite del asunto<sup>1044</sup>. Por lo tanto consideramos que esa actuación se realiza sin las garantías procesales debidas, atentando además contra el principio de derecho de defensa y lo establecido en las legislaciones de carácter internacional, como son las Reglas de Beijing y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>1045</sup>.

Cada vez son más las opiniones favorables a la asistencia del Letrado Defensor, basándose en una mayor defensa de los intereses del menor, por lo que la prudencia impondría la necesidad de que esté presente el Letrado Defensor tratándose de mediación, para evitar una posible vulneración del derecho de defensa, amén de que el Ministerio Fiscal debe oír al Letrado Defensor, con anterioridad a la resolución sobre la solicitud de sobreseimiento. Asimismo es importante referir que si durante la mediación se ha producido vulneración de derechos fundamentales del menor, nos encontraríamos ante uno

---

<sup>1044</sup> Los equipos técnicos no suelen ser partidarios de la intervención de los Letrados Defensores viendo su ingerencia como continua fuente de exigencias y trabas, para que el menor culmine con éxito el trámite reparador. Una interpretación literal del precepto legal puede aducirse para justificar esta postura. Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores...”, op. cit., pág. 613. Asimismo dicho autor no considera necesaria la presencia del Letrado Defensor en los casos de reparación del daño, regulado por el artículo 19 de la LORRPEME. V. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 411. Pero para llegar al acuerdo de reparación es necesario el previo reconocimiento de los hechos por parte del menor, y podría darse el caso de que el menor al llegar la hora de cumplir con la reparación o la actividad educativa acordada no la cumpliera, en cuyo caso el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente, y por lo tanto la defensa queda mal parada, pues ya hubo un reconocimiento de culpabilidad por parte del menor, vulnerándose su derecho de presunción de inocencia. Igualmente, la falta de prevención legal de asistencia jurídica del menor en el acto donde se le requiere para que acepte la actividad educativa-reparadora propuesta por el equipo técnico en su informe, puede derivar en que se cometan abusos al imponerse al menor una actividad de mayor duración que aquella que le podría corresponder en resolución judicial. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., págs. 693-694.

<sup>1045</sup> El Texto del precepto no contiene ninguna mención a la necesidad de que el menor deba estar asesorado por su Letrado Defensor en algo tan importante como es el reconocimiento de su responsabilidad en los hechos que se le imputan, lo cual va a determinar su obligación de realizar una actividad reparadora de acuerdo con la víctima, y si no la efectúa, el procedimiento va a continuar adelante con ese reconocimiento de los hechos ya realizado, lo cual va a dificultar su defensa en el juicio. Es de esperar que se dé por supuesta tal necesidad de asesoramiento y en caso contrario, el Letrado Defensor debe siempre exigir el asesoramiento del menor en algo de tal trascendencia. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal del...*, op. cit, págs. 251-252. En el mismo sentido **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., págs. 107-108, consideran que el desistimiento por conciliación o reparación supone el reconocimiento de los hechos por parte del menor, por lo que el Letrado Defensor del menor debe estar presente en esa asunción de culpa por el menor, ya que en todo caso de continuación del expediente por incumplimiento del menor, existiría un reconocimiento de los hechos obtenido sin las debidas garantías procesales.

de los supuestos en los que el Juez deberá rechazar la solicitud de sobreseimiento y proceder conforme a derecho<sup>1046</sup>.

Para DOLZ LAGO la intervención del Letrado Defensor debe equipararse a la de los representantes legales de los menores, sin que su voluntad sea relevante ni para la adquisición del compromiso de reparación, ni para los efectos de su cumplimiento<sup>1047</sup>. A su vez GARCÍA INGELMO estima que puesto que una de las grandes preocupaciones de la Ley ha sido la de garantizar al menor su asistencia jurídica y derecho de defensa desde el mismo momento de la incoación del expediente, la prudencia impone la necesidad de que esté presente el Letrado Defensor que asista al menor en el expediente, a la hora de materializarse la conciliación o suscribirse el compromiso de reparación<sup>1048</sup>.

No han faltado autores<sup>1049</sup> que apoyándose en que al exigir la conciliación expresamente y que el menor reconozca el daño causado, tal reconocimiento supone una confesión del menor a su vez, por lo que afirman la necesidad de asistencia letrada e intervención del Ministerio Fiscal; opinando en contra otros, quienes afirman que ello no puede equipararse a una declaración de culpabilidad, y que por tanto, no requiere las garantías propias de la prueba inculpatoria, que sólo puede practicarse en la audiencia o juicio, si se pretende enervar la presunción de inocencia, de la que goza el menor como derecho fundamental<sup>1050</sup>.

GARCÍA PÉREZ también estudia el problema desde la perspectiva de la confidencialidad del equipo técnico sobre lo declarado por el menor, y considera necesario no incluir las declaraciones de éste en su informe, porque de lo contrario si estas vías fracasan y se continúa el proceso, el derecho a no declarar del menor quedaría vacío de

---

<sup>1046</sup> Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores...”, op. cit., págs. 613-614.

<sup>1047</sup> **DOLZ LAGO**, “Labor y funciones del equipo técnico”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pág. 345.

<sup>1048</sup> **GARCÍA INGELMO**, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000...”, op. cit., pág. 235.

<sup>1049</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción del proceso penal de menores, relaciones Fiscalía-Juzgado...”, op. cit., pág. 58.

<sup>1050</sup> **DOLZ LAGO**, “Labor y funciones del equipo técnico...”, op. cit., pág. 345.

contenido, proponiendo crear equipos dirigidos específicamente para la realización de las tareas de mediación<sup>1051</sup>.

SORIANO IBAÑEZ si bien no considera que el reconocimiento del daño causado exigido en el artículo 19 de la LORRPEME pueda equipararse a una declaración de culpabilidad con valor de prueba en el acto de la vista, si puede ser conveniente la intervención del Letrado Defensor, ya que debe de conocer que se está trabajando en buscar una solución al conflicto que evite la continuación del expediente, siendo ésta una intervención muy limitada, ya que su actuación puede entorpecer las labores del equipo técnico e incluso la relación del menor con la víctima<sup>1052</sup>.

Y es que en efecto, el menor puede aceptar el reconocimiento de los hechos por terminar de manera rápida con el procedimiento, pudiendo ser en el peor de los casos, hasta ajeno a los mismos, razón por la que tiene derecho a ser oído<sup>1053</sup>, con la asesoría de su Letrado Defensor, y en caso de que por alguna razón el menor no cumpla con lo acordado, se pueda exponer en su momento las causas de incumplimiento por parte del menor, realizándose a su vez las argumentaciones necesarias y ofreciendo pruebas, siendo así la participación del Letrado Defensor en este supuesto absolutamente necesaria para ejercer el derecho de defensa respectivo, además de que ya tendría conocimiento de los antecedentes del asunto, si interviniera desde un principio en esta diligencia<sup>1054</sup>.

---

<sup>1051</sup> **GARCÍA PÉREZ**, “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de responsabilidad penal del menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, en *Actualidad Penal*, No. 32. pág. 145.

<sup>1052</sup> **SORIANO IBAÑEZ**, “El principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 677.

<sup>1053</sup> Es novedosa y al mismo tiempo problemática, la forma en la que el menor puede ejecutar su derecho a ser oído. Éste puede desarrollarse, bien en forma personal, o bien, a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada o tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente. V. **RIVERA FERNÁNDEZ**, “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica al Menor”, en *Revista General de Derecho*, Año LII, No. 621, Junio, 96, pág. 6507.

<sup>1054</sup> La necesaria participación del Letrado Defensor del menor en supuestos de mediación y en la consideración del valor del reconocimiento de hechos que, implícitamente conllevan las soluciones mediadoras, y ello sobre todo, ante el hipotético no cumplimiento por el menor de aquellas que permitan la continuación del expediente, no debe ser impedida, debiendo tener participación en el proceso mediador, en cuanto asesor legal del mismo, pues su intervención se advierte como potenciada durante todas las fases del



Así, siguiendo lo establecido por el artículo 22 de la LORRPEME, el reconocimiento de los hechos por parte del menor también podría realizarse ante el equipo técnico, situación que se realizaría sin contar con las garantías necesarias del procedimiento. Al efectuarse las entrevistas del equipo técnico con el menor para la elaboración del informe respectivo, lo usual es que no se encuentre presente el Letrado Defensor, por considerarse que no es conveniente<sup>1055</sup>. En virtud de ello, lo más adecuado sería que tal reconocimiento de hechos por parte del menor, se realizara ante el Ministerio Fiscal, y éste en su momento plantee al equipo técnico las posibilidades de mediación<sup>1056</sup>, y la posible solución de conciliación con la víctima, y reparación del daño por parte del menor, actuación que debiera llevarse a cabo obviamente con la asistencia de su Abogado Defensor<sup>1057</sup>.

---

procedimiento, sin que ésta tenga que ser una excepción. Cfr. **DIAZ CAPP**A, “Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., pág. 552.

<sup>1055</sup> Sin embargo si el equipo técnico realiza una determinada valoración de los hechos sobre la base de las declaraciones que el menor pueda hacer a lo largo de la entrevista, posteriormente reflejadas en su informe, el menor tiene derecho a realizar estas declaraciones en presencia de su Abogado, ya que podrían, como se ha indicado, no respetarse algunos de los principios garantistas generales de derecho penal, como son el principio de defensa y el principio de presunción de inocencia. El informe del equipo técnico se está emitiendo en el seno de un procedimiento judicial, y por lo tanto tiene que atenerse a las reglas elementales de la justicia. Cfr. **SICILIA CANO**, “La orientación por el equipo técnico de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002, pág. 215 y 216.

<sup>1056</sup> Para ello el Letrado Defensor deberá de estar presente en las funciones de mediación, debiendo conocer el contenido de las mismas. Cfr. **SORIANO IBÁÑEZ**, “El principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 665.

<sup>1057</sup> “Lo lógico sería que el reconocimiento de los hechos se produzca cuando el menor acuda a la Fiscalía a declarar sobre los mismos, asistido de su Letrado, y que a partir de ese momento, se plantee por el Fiscal al equipo técnico el estudio de la procedencia de la solución reparadora y de su contenido. La actuación a la inversa, es decir, que sea el equipo el que interroge al menor sobre los hechos, sin que esté presente su Letrado, vulnera las garantías del procedimiento y así debe ser puesto de manifiesto por el Letrado del menor, ya que incluso puede producir efectos perversos como el que el menor reconozca su autoría respecto de hechos que, en realidad no ha cometido, para acabar cuanto antes con el procedimiento, lo cual no es precisamente educativo... Ya se ha hecho referencia a la grave vulneración de garantías que puede suponer, el hecho de que el menor haya reconocido su autoría respecto de los hechos que se le imputan, si no lo ha reconocido así ante el órgano competente para ello, que no puede ser otro que el Ministerio Fiscal, y en presencia de su Letrado. En el caso que el menor decida no cumplir el compromiso de reparación contraído, no hay que olvidar que la defensa del Letrado, en el caso de que las actuaciones lleguen a la fase de audiencia, se va a ver seriamente afectada por cuanto ya existe un previo reconocimiento de los hechos. En estos supuestos, si no se dieron las suficientes garantías en ese momento, el Letrado debería plantear la nulidad de las actuaciones conforme a lo dispuesto en los artículos 238.1º y 3º, y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., págs. 252, 254 y 255.

No debemos dejar de señalar que en el Reglamento de la LORRPEME, en su artículo 5, se regula el modo de llevar a cabo las soluciones extrajudiciales<sup>1058</sup>, con lo que se ha subsanado de cierta manera el vacío legal que se observaba en la LORRPEME con relación a la intervención del Letrado Defensor en los casos de mediación y en especial de su presencia en las diligencias realizadas por el equipo técnico<sup>1059</sup>. Sin embargo aún no queda claro si el Letrado Defensor se encontrará presente en todas las entrevistas que sean necesarias para efectuar la mediación, amén de que dicho reglamento se ocupa más de cuestiones formales sin profundizar en aspectos materiales que aporten pautas y criterios para la delinear de manera específica actuaciones tan necesarias como lo es la del Letrado Defensor.

### **1.2.3. En la adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad**

(Artículo 29 de la LORRPEME)

Este supuesto se presenta también en la fase de instrucción. El artículo 29 de la LORRPEME, regula la situación de que si durante la instrucción se acredita que un menor

---

<sup>1058</sup> Dicho artículo regula que si el Ministerio Fiscal aprecia la posibilidad de desistir de la continuación del expediente solicitará del equipo técnico informe sobre la conveniencia de adoptar la solución extrajudicial más adecuada al interés del menor y recibida la solicitud por el equipo técnico citarán al menor, a sus representantes legales y a su Letrado Defensor. El equipo técnico expondrá la posibilidad de solución extrajudicial prevista en el artículo 19 de la LORRPEME, y oírá a sus representantes legales. Si con audiencia de su Letrado acepta alguna de las soluciones que el equipo le propone, a ser posible en el mismo acto, se recabará la conformidad de sus representantes legales. Si el menor o sus representantes legales manifestaran su negativa a aceptar una solución extrajudicial, el equipo técnico lo comunicará al Ministerio Fiscal e iniciará la elaboración del informe al que alude el artículo 27 de la LORRPEME.

<sup>1059</sup> Sobre el equipo técnico, sus características, funciones e intervención en la LORRPEME se puede ver **BENAVIDEZ DOMINGUEZ y BARQUERO RODRÍGUEZ**, “La intervención del equipo técnico en las distintas fases del procedimiento de menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 399-408; **FRANCO, J.**, “Funciones y cometidos del equipo técnico en la LO 5/2000”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 507-518; **FRANCO YAGUE**, “Los equipos técnicos en el procedimiento. La valoración del interés del menor”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, pág. 25; **MAYOR CASADO y GONZÁLEZ CASTILLO**, “Equipo técnico y Ley: Evolución. Papel asignado y metodología”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 885-916.

se encuentra en alguna de las circunstancias previstas en los apartados 1º, 2º, y 3º del artículo 20 del Código Penal, el Ministerio Fiscal solicitará la adopción de medidas cautelares<sup>1060</sup>, para la protección y custodia de éste, conforme a los preceptos civiles aplicables<sup>1061</sup>, instando las actuaciones necesarias para declarar la incapacitación del menor, sin perjuicio de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas por la Ley de acuerdo a los artículos 5.2 y 9<sup>1062</sup>, solicitando la aplicación de alguna medida terapéutica adecuada al interés del mismo<sup>1063</sup>.

---

<sup>1060</sup> Las medidas cautelares que se podrían solicitar son principalmente las de libertad vigilada, convivencia con otra persona, familia o grupo educativo, internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto y tratamiento ambulatorio. Cfr. **SANTOLARIA FERNÁNDEZ**, “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio sobre reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores...”, op. cit., pág. 470. Asimismo, otros autores coinciden en que la medida cautelar de naturaleza penal más adecuada para éstos casos sería el internamiento terapéutico y tratamiento ambulatorio, ésta última como medida de naturaleza tuitiva, fundada en el artículo 158.3 del Código Civil, a la vista de su probada eficacia en el tratamiento de enfermedades mentales y situaciones de drogodependencia. Vid. en este sentido **FERNÁNDEZ OLMO**, “El Fiscal de menores de guardia: Problemas prácticos. Relación con la Policía Judicial y los Juzgados de Guardia...”, op. cit., pág. 495; **GISBERT JORDÁ**, “Las medidas cautelares”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, pág. 113; y **GOMEZ ESCOLAR**, “El deficiente y el enfermo mental que ha delinquido: Alternativas a la prisión o al hospital psiquiátrico”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. V-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 907.

<sup>1061</sup> La adopción de esas medidas cautelares de protección debe efectuarse a instancia del Ministerio Fiscal conforme a las competencias genéricas que tiene asignadas en su Estatuto Orgánico, en protección de los menores y a la legislación estatal (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor) y autonómica que regula tal materia, así como a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que también hacen referencia a las cuestiones de protección, teniendo en cuenta, en especial, los artículos 172 y siguientes del Código Civil, y el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción...”, op. cit., págs. 214-215

<sup>1062</sup> V. Artículos 5 y 9 de la LORPEME.

<sup>1063</sup> La Ley instaura un tratamiento cautelar específico para los menores que durante el transcurso de la instrucción se acredite que se encuentran en algún supuesto de exención de la responsabilidad penal por enfermedad psíquica, drogodependencia, o alteración de la percepción (supuestos 1º, 2º, y 3º del art. 20 Código Penal). En éstos casos, el artículo 29 ordena que se adopten las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor, conforme a los preceptos civiles aplicables, instando el Ministerio Fiscal, en su caso, las actuaciones para la incapacitación del menor, y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, pero sin perjuicio de continuar la instrucción del procedimiento. Cfr. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas...”, op. cit., págs. 180 y 182. Es importante señalar que para que el Ministerio Fiscal emita su determinación declarando la incapacitación del menor deberá valerse de los informes emitidos por el equipo técnico. Sobre éstos nos permitimos citar a **TORRES GÁMEZ** quien expone, “Es decir, se aprecia la existencia de informes generales y especiales o específicos, por un lado, y la posibilidad, junto a los informes escritos, de informes orales en las audiencias o comparencias –por ejemplo para adoptar medidas cautelares o resolver un recurso–, oralidad ligada a la contradicción, la cual se desarrolla fundamentalmente en el juicio oral, con presencia y participación activa de las partes, las cuales solicitarán aclaraciones y podrán someter al representante o representantes de los ET a las cuestiones que consideren”, **TORRES GÁMEZ**, “El proceso reeducador en la Ley Orgánica Reguladora...”, op. cit., pág. 92.

Cabe señalar que en ese sentido puede adoptarse como medida cautelar el internamiento en centro terapéutico, resultando así evidente la restricción del derecho fundamental de la libertad<sup>1064</sup>. En tal virtud, resulta imprescindible que en un asunto de tal importancia, como es la adopción de medidas cautelares y privación de libertad en los casos de menores exentos de responsabilidad penal<sup>1065</sup>, se considere la intervención del Letrado Defensor a efecto de que pueda ejercer el derecho de defensa a favor del menor<sup>1066</sup>; procurándose a su vez el principio de contradicción, con apoyo además en lo establecido por la Constitución Española, así como en lo establecido en los cuerpos legales de carácter internacional, como son las Reglas de Beijing, la Convención sobre los Derechos del Niño, y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

Debemos hacer notar que el artículo 28 de la LORRPEME<sup>1067</sup>, que establece las reglas generales para la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del

---

<sup>1064</sup> Sobre este aspecto es interesante ver **BARONA VILAR**, “El principio de proporcionalidad. Presupuesto esencial de la prisión provisional”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1987, págs. 846-847, quien habla de la partida de todo estudio sobre la prisión provisional y las restantes medidas cautelares del proceso penal, en cuanto va a servir para delimitar el punto y objetivo medio entre los derechos que entran en juego, en la aplicación de una medida cautelar en el proceso penal.

<sup>1065</sup> Del elenco de medidas listadas por el Código Penal, la de internamiento es de discutida naturaleza. No se cuestiona su finalidad preventiva especial, pero sí su carácter curativo o asegurativo. Desde el punto de vista jurídico penal y por interpretación sistemática de los diferentes apartados del Código Penal, la finalidad primordial de todas las medidas enumeradas (y único elemento común que explica la posibilidad de sustitución del internamiento por alguna o algunas de las restantes) es la aseguradora. Vid. **FERNÁNDEZ ENTRALGO**, “Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1988, pág. 1013. Asimismo, sobre las causas de exención de responsabilidad del menor y las diferentes etapas del proceso en que se podrían presentar anomalías o alteraciones psíquicas, sugerimos ver el artículo de **CHOCRÓN GIRALDEZ**, “La incapacidad procesal del imputado por anomalía o alteración psíquica”, *Justicia*, No. 3-4, 1999, págs. 483-498.

<sup>1066</sup> El régimen legal de la adopción de las medidas de protección y custodia adoptadas con menores exentos de responsabilidad deberá caracterizarse por las siguientes particularidades: En principio no será preceptiva la intervención de Letrado Defensor conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Tercera de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, pero dado que las medidas que pueden ser acordadas pudieran afectar al derecho fundamental a la libertad -caso de internamiento en un centro de salud mental-, su adopción debería rodearse de las mismas garantías previstas en el artículo 24 de la Constitución y, de forma especial, el derecho de defensa que está garantizando desde la incoación del expediente, en el que aquellas medidas se adoptan como incidente del mismo. V. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...”, op. cit., págs. 190-191.

<sup>1067</sup> Cabe señalar que los apartados 1, 2 y 3 del artículo 28 de la LORRPEME han sido modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, quedando de la siguiente forma: Art. 28. Reglas Generales. 1. El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de menores, en cualquier

menor expedientado -refiriéndose que tales medidas podrán consistir en el internamiento en centro, entre otras-, sí contempla la intervención del Letrado Defensor<sup>1068</sup>. En ese sentido, podemos pensar que el hecho de que el legislador haya establecido dicha participación en este artículo es suficiente para considerarla también en los casos de la adopción de medidas cautelares y en los asuntos de exención de responsabilidad, regulados en el artículo 29 de la Ley. Sin embargo debió haberse regulado de igual forma en el precepto legal citado, ya que a la vista de la redacción del mismo, se entiende que no está prevista tal intervención.

Aunado a lo anterior, consideramos que cuando se proponga la adopción de una medida cautelar para un menor “exento de responsabilidad”, no sólo deberá escucharse al menor, sino además a su Letrado Defensor, con el fin de que realice las argumentaciones necesarias en defensa de éste, y se respeten los principios y derechos procesales<sup>1069</sup>.

---

momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima. Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. El Juez, oído el Letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme. 2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza. El Juez de menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el Letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. 3. El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del Letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo.

<sup>1068</sup> En este artículo también se hace referencia al abono de la medida cautelar de privación de libertad. Se establece que el tiempo que el menor haya estado privado de libertad se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se pueden imponer en la misma causa o en su defecto en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquellas. Dicho trámite plantea ciertos problemas aplicativos pues la Ley sólo contempla como trámite para resolver el abono la propuesta del Ministerio Fiscal previa audiencia del Letrado Defensor del menor y del equipo técnico, obviando la posibilidad de resolución del Juez de oficio o a petición del menor o su Letrado. Cfr. **ESCRIBANO SÁNCHEZ**, “Ejecución de medidas...”, op. cit., pág. 47.

<sup>1069</sup> Las medidas cautelares no cumplen otra función que la de complementar la genérica obligación que toda autoridad tiene cuando detecta una situación de riesgo, o posible desamparo de un menor, de prestarle el

Por lo tanto, el trámite procesal para la adopción y ejecución de las medidas cautelares adoptadas no debe seguir el procedimiento de la jurisdicción voluntaria previsto en la Disposición Adicional Primera para la adopción de las medidas de protección de menores de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, sino que deben ser acordadas como incidente del asunto principal, en pieza separada del mismo, con respeto a los derechos de defensa y audiencia del menor, en el marco de una comparecencia de naturaleza similar a la prevista para la adopción de las medidas cautelares penales del art. 28 de la LORRPEME<sup>1070</sup>.

#### 1.2.4. En el cumplimiento de la mayoría de edad del menor ya condenado

(Artículos 14, 15 y 51 de la LORRPEME)

Este es un supuesto que ubicamos dentro de la fase de sentencia y ejecución de la misma. El artículo 15 de la LORRPEME<sup>1071</sup>, refiere: “No obstante lo señalado en el párrafo anterior, cuando las medidas de internamiento sean impuestas a quien haya cumplido veintitrés años de edad, o habiendo sido impuestas, no haya finalizado su cumplimiento al

---

auxilio inmediato que precise (art. 13.1 de la LO 1/1996). En el expediente habrá que oírse al menor afectado por la medida (art. 9 LO 1/1996) en una comparecencia similar a la prevista por el artículo 28 de la LORRPEME, previa a la adopción de la medida de internamiento provisional, con asistencia del Letrado que, al inicio del procedimiento penal, le habrá sido nombrado tras la incoación del expediente principal. V. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 219.

<sup>1070</sup> Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores...”, op. cit., pág. 665.

<sup>1071</sup> Cabe señalar que ante tanta discrecionalidad y tanta excepción de la excepción regulada en este supuesto del artículo 15 de la LORRPEME, no cabe duda que la seguridad jurídica queda sometida a mayor riesgo de quiebra, debiéndose vigilar que no se dé en la medida que la Ley así lo posibilite. V. **ALONSO GONZÁLEZ**, “Jornadas de especialización en derecho penal de menores. Los jóvenes de entre 18 y 21. Supuestos de extrema gravedad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, pág. 962. Con relación a los asuntos de los menores que se comprenden en esta edad se puede ver **LÓPEZ LÓPEZ**, *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Comentarios, corcondancia y jurisprudencia)*..., op. cit., págs. 121-123.

alcanzar el joven dicha edad, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 14 y 51 de la presente Ley, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario, conforme al régimen ordinario, previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>1072</sup>.

Como se puede observar, el Juez de menores debería ordenar en estos casos la continuación del cumplimiento de la medida de internamiento en un centro penitenciario, a menos que, conforme a lo establecido por los artículos 14 y 51 de la LORRPEME<sup>1073</sup>, acordara dejar la medida sin efecto o determinara su modificación; por lo que el Juez de menores podía tomar alguna de esas determinaciones o abstenerse de hacerlo. Pero, ¿qué pasaba si no modificaba o dejaba sin efecto la medida y al sentenciado mayor de veintitrés años se le ordenaba continuar el cumplimiento de su sentencia en un centro penitenciario para adultos?, ¿quién abogaría por él, en su caso?. Y es que como se puede observar, la

---

<sup>1072</sup> Así pues para los menores que alcancen la edad de veintitrés años, se establece una especialidad en materia de cumplimiento de las medidas de internamiento impuestas, o que habiendo sido impuestas no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar el joven la edad de veintitrés años. En estos casos las medidas de internamiento se cumplen en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley General Penitenciaria. Cabe señalar que la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modificó la LO 10/1005, de 23 de noviembre, del Código Penal, en su Disposición Final Segunda, Tercero, añadió en la nueva Disposición Adicional Sexta a la LORRPEME la previsión legal por la que se ordenaba al Gobierno la posibilidad de que los internamientos (en régimen cerrado) cuando se trate de los citados delitos de los arts. 138, 139, 179, y 180 del Código Penal, se cumplan a partir de la mayoría de edad (dieciocho años) en centros penitenciarios para adultos. Esta previsión de futuro dirigida únicamente al Gobierno sólo se refiere a los menores de dieciocho años, puesto que los jóvenes cuando cometan los citados delitos se les aplica, siempre y en todo caso, el Código Penal (Disposición Adicional Cuarta de la LORRPEME). Es de esperarse una nueva reforma en la LORRPEME en la que se plasme el contenido de la anterior previsión legal. Por otra parte, se considera que el régimen más adecuado no es el cumplimiento de las medidas de internamiento en centros penitenciarios de adultos. El cumplimiento de la medida de internamiento en centro penitenciarios de adultos se puede producir en dos momentos distintos: a) cuando al dictarse sentencia por el Juez de menores aún no se ha cumplido los dieciocho años, pero se cumple dicha edad durante la ejecución de la medida de internamiento, por lo que el menor cumplirá una parte de la medida de internamiento en un centro de menores y cuando alcance los dieciocho años en un centro penitenciario de adultos, con lo que no se producirá un tratamiento unitario, y además puede ser de gran perturbación; b) Cuando al dictarse sentencia por el Juez de menores se tiene ya la edad de dieciocho años, con lo que se pasa a cumplir directamente la medida de internamiento en un centro penitenciario de adultos, con las consecuencias que esto supone, amén de considerarse inapropiado en razón de la edad juvenil de la persona. V. **ALONSO DE ESCAMILLA**, “La minoría de edad penal”, en *Ley Penal*, No. 18, Año II, Estudios Monográficos Derecho Penal de Menores, La Ley, Julio-Agosto 2005, págs. 26-28.

<sup>1073</sup> V. Artículos 14 y 51 de la LORRPEME antes de la modificación a dicha Ley por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. Sobre este supuesto también consultar obra de **BELINCHON SÁNCHEZ**, “Reflexiones sobre algunos preceptos de la LO 5/2000, de 12 de enero y sus posibilidades de reforma”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002, págs. 17-18.

LORPEME sólo facultaba al Ministerio Fiscal para que realizara las alegaciones correspondientes, y aunque ese funcionario es a su vez el encargado de procurar el interés del menor<sup>1074</sup>, no resultaba suficiente sólo la intervención del mismo, toda vez que ante una decisión de suma importancia, en la que se encuentra de por medio la privación de libertad de alguien<sup>1075</sup>, que en su momento fue juzgado como menor, debería de encontrarse regulada también la intervención del Letrado Defensor, lo cual estaba atentando no sólo contra el interés superior tan proclamado, sino además contra los principios de igualdad, contradicción, oralidad y defensa<sup>1076</sup>.

En ese sentido ORNOSA FERNÁNDEZ expone: “No se entiende cómo no está prevista la audiencia del Letrado del menor en una cuestión tan importante, y aunque la Ley no lo prevea, debería dársele siempre la posibilidad de hacer las alegaciones que estime convenientes en defensa del menor”<sup>1077</sup>.

---

<sup>1074</sup> El reconocimiento de un tramo de edad intermedio entre la minoría de edad y la edad adulta es aconsejado por biólogos, psiquiatras y sociólogos, en el pleno convencimiento de que la madurez en el ejercicio del comportamiento consciente no se alcanza hasta una edad intermedia entre los veintiuno y veinticinco años. En esta edad intermedia los jóvenes tienen grandes facilidades de adaptación, por esta razón las posibilidades de cambiar de orientación son muy numerosas y deben ser consideradas. La política criminal no puede ignorar ni menospreciar esta categoría, ya que su criminalidad ofrece por regla general unos rasgos cuantitativos y cualitativos especiales acreedores del sometimiento a un régimen en el que predomine la tendencia reformadora. V. **RODRÍGUEZ MESA**, “El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas”, en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 248.

<sup>1075</sup> Amén de considerar que para estos casos la prolongación del tiempo de las medidas de internamiento sería excesivo y la medida de internamiento deja de ser educativa para convertirse claramente en represiva. Y es que el régimen más adecuado no es el cumplimiento de las medidas de internamiento en centros penitenciarios de adultos, porque no se produce un tratamiento unitario, además de que puede ser de gran perturbación. Cfr. **HIGUERA GUIMERÁ**, “La transformación de la originaria Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas”, en *Ley Penal*, No. 18, Año II, Julio-Agosto, 2005, págs. 24 y 26.

<sup>1076</sup> El último párrafo del artículo prevé el cumplimiento de la medida que reste por cumplir, o que impuesta aún no se haya ejecutado, a los mayores de veintitrés años, previamente a oír al Fiscal y sin perjuicio en la suspensión o modificación de la ejecución regulada en los artículos 14 y 51.1 de la Ley. No obstante, el artículo adolece de la intervención necesaria del Letrado Defensor del menor, y siendo una decisión restrictiva de derechos y de una gravedad tal que puede suponer el ingreso en un centro penitenciario de quien fue juzgado como menor y en jurisdicción, no debe tomarse sin la defensa efectiva y profesional del justiciable afectado. Cfr. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., pág. 92.

<sup>1077</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., págs. 224-225.



En tal virtud, se consideraba necesario que el Juez de menores antes de tomar cualquier decisión respecto a este supuesto, debería dar audiencia al Letrado Defensor, con el fin de que este pueda exponer las argumentaciones necesarias a favor del menor, ahora joven, ejerciéndose con ello el derecho de defensa<sup>1078</sup> y respetándose así a su vez, lo establecido por los diversos cuerpos legales de carácter internacional como son las Reglas de Beijing, la Convención sobre los Derechos del Niño, y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de su Libertad.

Así pues como explicamos dicho artículo sólo regula la intervención del Ministerio Fiscal para hacer las alegaciones respectivas a tal situación, pero no decía nada respecto a la intervención del Letrado Defensor, lo cual considerábamos que podía atentar contra los principios de contradicción, defensa y otros. Sin embargo, el artículo 15<sup>1079</sup> ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, la cual regula ahora en su nuevo artículo 14, que cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores. Que cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de menores, oído el Ministerio Fiscal y el Letrado Defensor, entre otros, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia. Que no obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad, o habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de menores, oídos el Ministerio

---

<sup>1078</sup> Se debe exigir la intervención de Letrado en el proceso de menores cualquiera que sea el delito imputado y la edad del sujeto pasivo. Al tratarse de un proceso formalmente penal regulado por la LORRPEME, la asistencia letrada se contempla no sólo como un derecho, sino también como un requisito necesario de procedibilidad. Cfr. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español...*, op cit., págs. 163-164.

<sup>1079</sup> El actual artículo 15 de la LORRPEME en virtud de la modificación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, regula las reglas de prescripción de los hechos delictivos cometidos por los menores.

Fiscal, el Letrado del menor, entre otros, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13<sup>1080</sup> y 51<sup>1081</sup> de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

Como se observa con dicha modificación se regula de manera expresa la intervención del Letrado Defensor cuando los menores cumplan la mayoría de edad y se ordene continuar el cumplimiento de su sentencia en un centro penitenciario para adultos. Modificación que consideramos otro avance tratándose de justicia de menores.

### **1.2.5. En el quebrantamiento de ejecución de medidas por parte del menor**

(Artículo 50 de la LORRPEME)

---

<sup>1080</sup> El anterior artículo 13 de la LORRPEME se suprime con la modificación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, pasando el artículo 14 a ser el 13, con la siguiente redacción: Art. 13. Modificación de la medida impuesta. 1. El Juez competente para la ejecución de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del Letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta. 2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer recursos previstos en la presente Ley.

<sup>1081</sup> Los apartados 2 y 3 del anterior artículo 51 de la LORRPEME con la modificación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, pasan a ser los apartados 3 y 4, y los apartados 1 y 2 de dicho artículo se les da la redacción siguiente: 1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del Letrado del menor o de la administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la Entidad Pública de Protección o Reforma de Menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley. 2. Cuando el Juez de menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del Letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente, si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Este supuesto lo encontraremos ubicado en la fase de sentencia y ejecución de la misma. En el artículo 50.3 de la LORRPEME<sup>1082</sup> se establece que el Juez de menores acordará remitir testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la ejecución de medida por parte del menor, al Ministerio Fiscal, por si el hecho constituye alguna de las infracciones marcadas por la Ley, y merece reproche sancionador<sup>1083</sup>.

Observamos que en dicho supuesto no se contempla de manera expresa la participación del Letrado Defensor del menor, toda vez que sólo se expone que se remitirá testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal, pero nada se dice de darle vista también al Letrado Defensor, para que el menor pueda ejercitar su derecho de defensa.

Dicho artículo lo único que establece es que el Letrado Defensor del menor debe ser oído cuando ante el quebrantamiento de una medida no privativa de libertad, excepcionalmente el Ministerio Fiscal proponga al Juez que la medida quebrantada por el menor sea sustituida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento (art. 50.2 de LORRPEME)<sup>1084</sup>.

Suponemos que al tener conocimiento el Ministerio Fiscal de la situación de quebrantamiento de ejecución de medida, se encargará de realizar las diligencias necesarias para la investigación de los nuevos hechos, debiendo respetar las garantías procesales;

---

<sup>1082</sup> Cabe referir que el apartado 3 del artículo 50 de la LORRPEME fue modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en el sentido de que el Juez de menores acordará que el secretario judicial sea quien remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la LORRPEME, merecedora de reproche sancionador.

<sup>1083</sup> El quebrantamiento de la medida produce dos tipos de consecuencias: una relativa al cumplimiento mismo de la medida quebrantada, y la otra si el hecho del quebrantamiento de la medida, por sí mismo, constituyera una nueva infracción merecedora de sanción autónoma. En cuanto a las consecuencias sobre la ejecución, dependen de la clase de medida quebrantada. V. **LAVIADES GARCÍA DE GUADIANA**, "El proceso de ejecución de las medidas", en *Menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 376-377.

<sup>1084</sup> Cfr. **PELÁEZ PÉREZ**, "La defensa del menor. El interés superior del menor...", op. cit., pág. 699. Con relación al quebrantamiento de medida referimos la sentencia 49/2007, de 13 de abril, que trata el quebrantamiento de la condena, medidas de seguridad, prisión, medidas cautelares, conducción de custodia: alcance de tipo, inclusión de las vulneraciones de las medidas impuestas por la jurisdicción de menores.

dando oportunidad al menor para que en su momento ejercite su derecho de defensa a través de su Letrado y no atentar así en contra de éste, procurando, a su vez, también los principios de contradicción, oralidad, e igualdad, así como lo establecido por la Constitución Española, Ley de Enjuiciamiento Criminal, Reglas de Beijing, Convención sobre los Derechos del Niño y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad<sup>1085</sup>.

Cabe señalar que antes de la modificación de la LORRPEME por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, no se regulaba nada más respecto a la intervención del Letrado Defensor del menor en caso de la remisión del testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la ejecución de medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho constituía delito y merecía reproche sancionador. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre ha modificado el artículo 47<sup>1086</sup>, apartado 3, estableciendo que en caso de que, estando sujeto a la ejecución de una medida, el menor volviera a cometer un hecho delictivo, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del Letrado del menor, dictará la resolución que proceda en relación a la nueva medida que, en su caso, se haya impuesto, conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores; en este caso podrá aplicar además las reglas establecidas en el artículo 50 para el supuesto de quebrantamiento de la ejecución.

---

<sup>1085</sup> Debemos considerar que cuando el menor se encuentra ejecutando la medida sea, o no, privativa de libertad y por alguna causa la quebrantase, su situación inicial se va a agravar, pues lo más seguro es que no solo tendrá que cumplir con la ejecución de la medida interrumpida que le fue impuesta, sino que además tendrá que hacer frente a un nuevo proceso consecuencia de los hechos por el quebrantamiento de la medida, razón por la cual el menor tendrá derecho desde el primer momento de que se inicie el nuevo procedimiento en su contra, a ejercer su defensa a través de asistencia letrada. Por otra parte no debemos dejar pasar por alto que si el Juez de menores, conforme al apartado 3, ordena remitir testimonio de los particulares al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de delito, en caso de acreditarse la autoría del menor después de la tramitación del correspondiente procedimiento, conforme a lo previsto en el art. 8 de la LORRPEME en relación con el art. 468 del Código Penal, al no estar prevista por tales hechos una pena privativa de libertad para los mayores de edad penal, nunca se podría imponer al menor una medida de internamiento por la comisión de ese delito de quebrantamiento. La medida de internamiento sólo cabe en el caso de que, después de la tramitación del correspondiente expediente, el Juez establezca en una sentencia firme que el menor quebrantó una medida privativa de libertad, en cuyo supuesto le podrá imponer otra privativa de libertad, si su interés así lo aconseja, y que, en todo caso, si se tiene en cuenta el art. 468 del Código Penal, no podrá exceder de un año. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de menores...*, op. cit., pág. 405.

<sup>1086</sup> El artículo 47 de la LORRPEME ha sido modificado en su totalidad por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, sin embargo para nuestras argumentaciones sólo nos interesa lo relacionado con su apartado 3.

Este artículo, como se observa, está referido al quebrantamiento de medida por parte del menor, y en el cual se estipula la intervención del Letrado Defensor, con lo que podemos referir que se ha subsanado de cierta manera la omisión que se hacía de su intervención en un supuesto que es de suma relevancia para cumplir el principio de derecho de defensa del menor y respeto a sus garantías procesales; aunque no sigue quedando claro si se le dará vista del posible delito que cometa el menor durante la ejecución de la medida impuesta<sup>1087</sup>, porque durante ella podría cometer diferentes delitos que nada tienen que ver con el quebrantamiento de la medida, amén de que tampoco se refiere nada de su intervención cuando se expone que además se podrán aplicar las reglas establecidas en el artículo 50 para dicho quebrantamiento de la ejecución, con lo que volvemos a lo mismo.

### **1.3. La petición de práctica de pruebas ante el Ministerio Fiscal**

(Artículos 26 y 33 de la LORRPEME)

Ubicaremos a este supuesto dentro de la fase de instrucción. La LORRPEME en su artículo 26, establece que el Letrado Defensor del menor puede solicitar al Ministerio Fiscal instructor del expediente la práctica de cuanta diligencia considere conveniente y, si este último se negase a realizarla, no cabrá recurso alguno contra esa resolución<sup>1088</sup>, pudiendo el Letrado Defensor reproducir su petición al Juez de menores<sup>1089</sup>.

---

<sup>1087</sup> Supuesto que además es otro de los aspectos conflictivos observados en la Ley respecto a cuál es el delito que puede encuadrar el quebrantamiento de medida, y si éste en efecto conlleva alguna sanción privativa de libertad o solo pecuniaria, comparando el trámite que se sigue en estos casos en los asuntos de adultos.

<sup>1088</sup> El hecho de no recurrir la decisión del Ministerio Fiscal puede pensarse que se reguló con el afán de que no se produzcan dilaciones en la instrucción del expediente.

<sup>1089</sup> El Ministerio Fiscal debe, salvo las excepciones apuntadas, decidir en resolución motivada y sin posibilidad de recurso, si otorga o deniega la concreta diligencia de investigación solicitada por el Letrado Defensor del menor. Dadas las amplias facultades del Ministerio Fiscal a la hora de decidir sobre la admisión, o no, de concretas diligencias de investigación, el legislador introduce un factor corrector en el trámite de la audiencia. En efecto, la Ley autoriza en determinados casos una instrucción judicial complementaria para el supuesto de que hayan sido rechazadas determinadas diligencias propuestas al Ministerio Fiscal por el Letrado Defensor del menor. Así, tras la apertura de dicho trámite de audiencia, el Juez de menores deberá

En efecto, el artículo 26 de la LORRPEME ha sido también de los modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, quedando con la siguiente redacción: Art. 26. Diligencias propuestas por las partes. 1. Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al Letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de menores. Las partes podrán en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores, la petición de las diligencias no practicadas. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores. 3. Si las diligencias propuestas por alguna de las partes afectaren a derechos fundamentales del menor o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3 sin perjuicio de la facultad de quien haya propuesto la diligencia de reproducir su solicitud ante el Juez de menores, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Como observamos existe una especial mención en la Ley, referente a la recepción de la declaración del menor por parte del Ministerio Fiscal, al menos que se haya concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores<sup>1090</sup>. En este caso

---

decidir, a petición del Letrado del menor, si se procede a la práctica de aquellas diligencias denegadas por el Fiscal en la fase de instrucción, de las que el Letrado del menor afirma que revelaban la falta de fundamento de la acusación, debiendo, en su consecuencia, haber producido el sobreseimiento del procedimiento. Cfr. **ARROM LOSCOS**, *El proceso penal con...*, op. cit. pág. 61.

<sup>1090</sup> Si la propuesta del Letrado Defensor va encaminada a que se reciba declaración del menor, el margen de decisión del Ministerio Fiscal queda automáticamente anulado: deberá acordarla salvo que -obviamente- hubiere concluido la instrucción. No dice la LORRPEME si tal petición de declaración del menor puede repetirse con el mismo efecto de la obligatoriedad de su práctica. Nos inclinamos por la preceptividad de su práctica en todo caso, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite, como garantía del imputado, que éste declare cuantas veces estime procedente. V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de...”, op. cit., pág. 267. La Ley no exige al Ministerio Fiscal a tomar la declaración del menor en la instrucción, pudiendo finalizar válidamente ésta sin

nos parece que es de absoluta importancia que en el expediente obre la declaración del menor, y no pueda considerarse éste concluido si no se ha dado derecho al menor de ser escuchado, ya que por el simple hecho de ser sujeto de alguna acusación goza del mismo, y si se remite al Juzgado de Menores dicho expediente sin tal declaración, se están pasando por alto las reglas más elementales del proceso debido, privándosele al imputado de las garantías de defensa, amén de ocasionarse graves perjuicios a su persona<sup>1091</sup>. Como complemento de lo anterior citamos la sentencia 258/2007, de 18 de diciembre, del Tribunal Constitucional Pleno, en el que se trata el derecho fundamental a la defensa y a la ausencia de Letrado, derecho a la defensa por sí mismo, como trámite necesario para garantizar el derecho de defensa y el cual tiene su razón de ser en el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído. Jurisdicción y proceso penal. Omisión del derecho a la última palabra en juicio, convocatoria del cumplimiento formal del trámite procesal.

En efecto, la declaración como ejercicio del derecho de defensa, es una de las garantías procesales fundamentales<sup>1092</sup>, amén de que en el mismo artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece que toda persona a quien se impute un acto<sup>1093</sup> podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento (ofreciendo su declaración en este caso), desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención, de

---

que en la misma conste incluido el testimonio del menor, que se reservará para el acto de la audiencia. Es el Letrado Defensor del menor el que sí lo considera conveniente puede interesar al Ministerio Fiscal que tome declaración al menor, autoridad que está obligada a practicarla, y así dicha declaración pueda incorporarse a la instrucción. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 692.

<sup>1091</sup> Al respecto se debe observar lo que establecen los artículos 388 y 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, toda vez que el primero refiere que en la primera declaración se le preguntará sus datos generales al procesado, así como sus antecedentes penales, y si conoce el motivo por el que es procesado, mientras que el segundo dice que en la primera comparecencia se le informará al imputado de sus derechos.

<sup>1092</sup> Al respecto ver artículo de **DEVIS ECHANDA**, “Principios fundamentales del derecho procesal penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 4, 1982, pág. 548-552, quien trata el principio de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtir la decisión, y del contradictorio y la contradicción o audiencia bilateral. Asimismo ver con relación a este aspecto **ENFEDAQUE I MARCO**, “El desarrollo del juicio oral. La prueba en el juicio oral”, *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 284-285, y **HURTADO ADRIAN**, “Sobre declaraciones del imputado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1998, págs. 1927-1934.

<sup>1093</sup> El nacimiento del derecho de defensa se vincula a la existencia de una imputación y, por tanto, la determinación del momento a partir del cual se entiende que existe o resulta una imputación contra determinada persona es un tema de especial trascendencia. V. **TOMÉ GARCIA**, “Imputación, derecho de defensa y secreto...”, op. cit., pág. 124.

alguna medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento<sup>1094</sup>. La declaración debe entonces formar parte de las diligencias preliminares realizadas por el Ministerio Fiscal, siendo valorada como acto de investigación y aportación para el esclarecimiento de los hechos, no debiéndose incoar el expediente si no obra en éste la misma. Además, antes de tomar cualquier decisión, el Ministerio Fiscal tiene que oír al menor, ello incluso antes de decidir la incoación, o no, del expediente, o desde el momento en que esté detenido<sup>1095</sup>.

Y no se trata simplemente de que conste la declaración del menor en el expediente, es que de la misma puede desprenderse algún elemento que sirva de prueba para su defensa<sup>1096</sup>, siendo a su vez necesario que las pruebas sean recibidas y desahogadas<sup>1097</sup>, incorporándolas al expediente, independientemente de su resultado, y antes de que éste sea elevado al Juzgado de Menores. Lo anterior es relevante toda vez que dichos elementos de prueba, pueden ayudar e influir en la decisión del Ministerio Fiscal, respecto a la instrucción y conclusión del asunto<sup>1098</sup>.

Cabe señalar que la Ley Orgánica I/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en su artículo 9, establece que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté

---

<sup>1094</sup> Sobre el particular ver obra de **MARTÍN GARCIA**, “Derecho de defensa y fase de instrucción”, *La Ley*, No. 4737, 1999.

<sup>1095</sup> Cfr. **LASTRA DE INÉS**, “La fase de investigación. La actuación instructora. Las soluciones extrajudiciales...”, op. cit., pág. 222.

<sup>1096</sup> “No existiendo en el proceso penal pruebas exclusivas o excluyentes, todos los medios probatorios, si son legales desde la constitucionalidad y desde la legalidad ordinaria, son aptos para formar parte de ese acervo probatorio que después ha de ser valorado según la íntima convicción de los jueces en base a las facultades que les atribuyen los artículos 741 procesal y 117.3 Constitucional (STS de 31 de enero de 1996 (RJ 1996, 95)”, según expresa **RIVES SEVA**, *La prueba en el proceso penal...*, op. cit., pág. 35.

<sup>1097</sup> La prueba respecto del proceso penal reviste una dimensión constitucional desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia que ha incorporado a la Constitución el artículo 24. 2. Vid. **AROZAMENA SIERRA**, “Las garantías judiciales en la jurisprudencia constitucional”, *Revista del Poder Judicial*, No. 35, 1994, pág. 40.

<sup>1098</sup> No hay que olvidar que dentro de las garantías del proceso penal consagradas por el artículo 24 de la Constitución se encuentra la del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (principio contradictorio). Si se niega la vigencia del principio de contradicción en la fase de investigación, no cabe duda de que puede producirse indefensión en dos sentidos bien precisos: uno, en los actos irrepitibles y por ello no reproducibles en el juicio oral; otro, en la merma que ha de sufrir la preparación de la defensa misma, esto es, de los futuros medios de prueba al no poder tomar conocimiento, intervenir y proponer la realización de actos sobre los cuales fundamentar la estrategia posterior. Cfr. **ASENCIO MELLADO**, “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1997, pág. 18.



directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Hay autores que consideran que abierto el expediente, están en juego las garantías del artículo 22 de la LORPEME, ya controladas por el Juzgado de Menores, y que no es obligatoria la toma de declaración del menor como imputado por el Ministerio Fiscal, pero se trata de una garantía constitucional que no puede ser obviada, porque haría de peor condición al menor que al mayor de edad. Si el Juez, finalmente, observa la falta de este requisito debe, de oficio o a instancia de la defensa, declarar nulo lo actuado<sup>1099</sup> por el instructor desde el decreto de conclusión y devolver al Ministerio Fiscal las actuaciones para que se subsane ese vicio procesal<sup>1100</sup>. Sin embargo, ello no puede ser viable en vista de estar el Juez de menores, en su caso, impedido para decretar la nulidad de los acuerdos del Ministerio Fiscal, ya que ésta última autoridad no es un órgano jurisdiccional, no siendo, por consecuencia, sus actos judiciales o procesales susceptibles de recurso.

Por otra parte, la petición de práctica de pruebas realizada por el Letrado Defensor tiene que pasar por dos vías, lo que consideramos que va en contra del principio de igualdad<sup>1101</sup>, porque el Ministerio Fiscal realiza cuanta diligencia considera necesaria, no

---

<sup>1099</sup> No hay excepciones a la regla general que impide que una persona pueda ser condenada sin ser oída, surgiendo inexcusablemente una nulidad de actuaciones cuando existe infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, que la hayan producido tal y como recoge el artículo 238 de la LOPJ. **GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ**, “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 3, 1992, pág. 793. La moderna doctrina jurisprudencial española ha abierto un nuevo cauce en el estudio y aplicación de la nulidad de actuaciones en el proceso penal, en un doble aspecto: falta de presupuestos procesales y nulidad de actos. **LORCA NAVARRETE**, “Nulidad de actuaciones en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1984, pág. 1154. Sobre nulidad de actuaciones señalamos las sentencias: 69/2007, de 12 de marzo, 47/2007 de 13 de febrero y 58/2007 de 30 de marzo. También con relación a la nulidad de actuaciones se puede ver la obra de **BERMUDEZ OCHOA**, “La nulidad en el proceso penal: Tratamiento procesal”, en *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, págs. 311-366. Asimismo, se pueden encontrar sentencias dictadas relacionadas con los presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en **MONTERO AROCA**, “Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal”, *Justicia*, No. Especial, 1981, págs. 245-256.

<sup>1100</sup> Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 449.

<sup>1101</sup> “El principio de igualdad también rige en esta fase, a pesar de la desigualdad voluntariamente introducida por el criminal, ya que todo imputado goza de la presunción de inocencia. Como el imputado se halla en situación de inferioridad procesal frente al Ministerio Fiscal, la doctrina entiende que debe jugar el principio

teniendo ninguna restricción para ello, -a excepción de las relacionadas con la afectación de derechos fundamentales-, en cambio, el Letrado Defensor, primero tiene que plantear su petición al Ministerio Fiscal, y después si es denegada, tendrá oportunidad de plantearla ante el Juez de menores<sup>1102</sup>. Amén de que la decisión en manos del Ministerio Fiscal (parte acusadora), respecto a la práctica, o no, de las pruebas ofrecidas por el Letrado (parte defensora) durante la instrucción, no resulta muy coherente porque no es posible que una de las partes<sup>1103</sup> decida sobre la práctica de las pruebas propuestas por la otra<sup>1104</sup>.

Por lo que reiteramos nuevamente que la solicitud de práctica de diligencias o pruebas por parte del Letrado Defensor al Ministerio Fiscal, no debe cuestionarse, es decir, éstas deben ser admitidas toda vez que forman parte del derecho de defensa<sup>1105</sup>, que en este

---

del favor defensionis, que presupone la igualdad de partes y de medios defensivos pues, -aunque el art. 2 LECRIM ordene a todas las autoridades y funcionarios, incluido el Fiscal, a consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo -la función del Ministerio Fiscal -como dice Carulli- consiste en determinar el responsable penal y en demostrar la culpa, tiene como consecuencia necesaria que no esté en situación de poder desprenderse de todo tipo de prevenciones ni de apreciar, sin perjuicio, los motivos del imputado; aquel que ha de hallar al reo no podrá nunca examinar fríamente los resultados de su esfuerzo para conseguirlo. En el proceso penal, dice reiteradamente el TC, la presencia del principio acusatorio exige equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas”, **VERGÉ GRAU**, *La defensa del imputado y el principio acusatorio...*, op. cit., pág. 69.

<sup>1102</sup> Lo cierto es que el Ministerio Fiscal, dejando a salvo lo que se refiere a diligencias que afecten derechos fundamentales en las que está sometido a control, puede efectuar cuantas diligencias estime necesarias, mientras que la de la defensa están siempre sometidas al control del Fiscal, o en su caso, del Juez de menores. Cfr. **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000...*, op. cit., pág. 127.

<sup>1103</sup> Hay autores que consideran que el Ministerio Fiscal no tiene ninguna postura antes de comenzar el proceso, y sólo a lo largo de su desarrollo, al ir tomando conocimiento de los hechos a través de las pruebas y guiándose exclusivamente por la defensa del interés público tutelado por la Ley, irá adoptando dicha postura, pero a priori, el Ministerio Fiscal no puede saber si acusará o solicitará el sobreseimiento, porque ningún interés privado le guía de antemano. Sólo una vez que adopta postura actúa como si fuera una parte material, pero la distinción radical y esencial es que a tal punto llegó desde la imparcialidad absoluta. V. **POLO RODRÍGUEZ**, “Organización y estructura del Ministerio Fiscal. Fiscalías de T.S.J. y Fiscalías Provinciales. Destacamientos. Organización de las fiscalías. Reparto de funciones. Especialización. Acceso, en el Consejo Fiscal...”, op. cit., pág. 284.

<sup>1104</sup> V. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 198.

<sup>1105</sup> Con carácter general, podemos afirmar que el reconocimiento jurídico del derecho a la defensa dentro de unas diligencias preliminares de investigación criminal, necesita la participación contradictoria de la representación procesal del imputado, con una doble funcionalidad: Por la primera de ellas, que podríamos llamar pasiva, vigila la regularidad procesal con que se realiza el acto, pudiendo hacer constar en ese momento cualquier defecto que, en su opinión, pueda limitar su posterior utilización como fuente de prueba. Y por la segunda, se opone de una forma activa y con sus propios argumentos, a los de las acusaciones, intentando conseguir los resultados más adecuados a los intereses de su defendido. Cfr. **LÓPEZ LÓPEZ**, *La instrucción del Ministerio Fiscal...*, op. cit., pág. 158. El derecho a la prueba tiene una estrecha relación con el derecho al proceso debido; así lo señala la STS de 8 de febrero de 1991 (RJ 1991, 918) al decir que el artículo

caso se ejercerá a favor del menor, procurándose así el principio contradictorio<sup>1106</sup> y el de presunción de inocencia, además de la observancia de lo establecido en las legislaciones tanto de carácter nacional como internacional. Al admitirse las pruebas y desahogarse las mismas puede evitarse que se continúe con el proceso y se determine el sobreseimiento de éste<sup>1107</sup>.

El Letrado Defensor del menor puede reproducir al Juez de menores su petición de la práctica de diligencias que considere necesarias y que no hayan sido practicadas por

---

24.2 de la Constitución proclama el derecho fundamental a la defensa en juicio y, consecuentemente, el valerse de los medios de prueba pertinentes. V. **RIVES SEVA**, *La prueba en el proceso penal...*, op. cit. pág. 56. Asimismo, con relación a la prueba como integrante del derecho fundamental a la defensa se puede ver **BAÑERES SANTOS**, “Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal”, *Manual de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 87-102; **BELTRAN NUÑEZ**, “La prueba de defensa”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 453-483; **CAAMAÑO DOMINGUEZ**, “El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes...”, op. cit., págs. 113-132; **CALVO CABELLO**, “La valoración de la prueba en el juicio oral”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 430-446; **CONDOMINES POLL**, “La prueba como derecho constitucional”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, Tomo III, Madrid, 1998, págs. 1611-1628; **DIAZ CABIALE**, *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, págs. 9-78; **FERNÁNDEZ MONTALVO**, “Garantías constitucionales del procedimiento penal”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 6, 1990, pág. 101; **GÓMEZ DE LLANO GONZÁLEZ**, *La prueba en el proceso penal (Selección de jurisprudencia)*, Editorial Forum S.A., Oviedo 1991, págs. 22-62; **MEDINA GUERRERO**, “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, Tomo I, Madrid, 1998, págs. 433-460; **PEDRAZ PENALVA**, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstruida”, en *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1998, págs. 11-62; **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas. Jurisprudencia*, Granada, 2000; **SAINZ ROBLES RODRIGUEZ y ALBARCAR LÓPEZ**, “El derecho a la prueba”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1982, págs. 1124-1136; **TAPIA PARREÑO**, “La sentencia, los recursos y la reforma en materia de planta judicial y personal en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (Títulos Quinto y Sexto. Artículos 38, 39, 40, 41 y 42)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*, Madrid, págs. 187-196.

<sup>1106</sup> Y es que como ya se ha comentado antes, el principio de contradicción significa la necesidad de que los elementos de prueba o material sobre el que se va a emitir la determinación pueda ser proporcionado por las partes, dando la oportunidad a éstas de exponer sus puntos de vista y alegaciones respecto a lo de la parte contraria, garantizando así la igualdad; sin embargo, el Letrado Defensor del menor, en este caso, se le corta su derecho, pues en la instrucción es el Ministerio Fiscal el único que decide si debe valorar, o no, dichos elementos de prueba, no habiendo contradicción, ni igualdad de la partes.

<sup>1107</sup> Fundamentalmente, la presente función se desenvuelve en la facultad de la defensa de proponer actos de investigación para su práctica en la fase de instrucción o en la audiencia preliminar, con vistas a obtener el archivo o sobreseimiento de la causa. No se trata de adelantar el juicio practicando las pruebas que se oponen al fondo, sino sólo aquellas que, puestas en relación con las causas de archivo, puedan constituir motivos suficientemente relevantes por sí mismos como para justificar una decisión previa. Cfr. **ASENCIO MELLADO**, “La intervención de la defensa en la fase de instrucción...”, op. cit., pág. 23.

decisión del Ministerio Fiscal<sup>1108</sup>. El Juez de menores podrá resolver la práctica de las pruebas propuestas por el Letrado Defensor, y que hubieran sido denegadas durante la instrucción<sup>1109</sup> y éstas no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia siempre que, considere que son relevantes a los efectos del proceso<sup>1110</sup>.

Según DOLZ LAGO, “Se trata de una prueba anticipada, cuyo resultado requiere, tal vez, un nuevo planteamiento de las posiciones de las partes, por lo que la misma Ley indica que *“una vez practicadas dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y al Letrado del menor, antes de iniciar las sesiones de la audiencia”*. Obsérvese que el art. 37

---

<sup>1108</sup> El Juez no podrá pronunciarse en cualquier momento sobre esta petición reproducida, sino que habrá de esperar a que el Ministerio Fiscal le remita el expediente, para conforme a lo dispuesto en el artículo 33 e) dentro de la denominada fase intermedia, decidir sobre la procedencia de las diligencias. Debe tenerse presente que al no ser el Juez superior jerárquico del Ministerio Fiscal, si estima que es procedente la práctica de la diligencia rechazada por éste, no podrá ordenar su práctica al instructor (como ocurre en el sistema del sumario ordinario), sino que habrá de llevarla a cabo por sí mismo, como expresamente preceptúa el artículo 33 e). Los criterios para acordar la práctica de estas diligencias (pruebas las llama impropriadamente este precepto) son dos: que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia y que sean relevantes a los efectos del proceso. También debieran admitirse aquellas diligencias que, aún pudiendo practicarse dentro de la audiencia, fuesen determinantes para decidir sobre la celebración de ésta o el sobreseimiento. V. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de...”, op. cit., págs. 267-269. Por lo que esta alternativa que se concede al Letrado Defensor no parece tenga mucha utilidad práctica, ya que en ningún caso el Juez puede obligar al Ministerio Fiscal a llevar a efecto las pruebas solicitadas, ni las puede efectuar por sí, ya que no tiene intervención instructora alguna. Cfr. **PÁRAMO Y DE SANTIAGO**, “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos...”, op. cit., pág. 257. Sobre este supuesto se puede también ver obra de **SOBRÓN OSTOS**, “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Artículos 32 a 34)”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 177-182.

<sup>1109</sup> Para **TORRES ANDRÉS**, si la decisión de practicar la prueba anticipada propuesta por la defensa tuviera como finalidad que el Juez pueda decidir con mejor conocimiento si concurren, o no, motivos suficientes para abrir la audiencia, sería en realidad una diligencia anudada a la instrucción y, por ende, susceptible de contaminar a quien, a la postre, tiene que enjuiciar los hechos y dictar sentencia. Por el contrario, si se trata de prueba que se practica tras decidir la celebración de la audiencia, la misma forma parte de ésta, por mucho que se lleve a cabo anticipadamente, al no poder serlo durante su transcurso, lo que obliga a que haya de realizarse con todas las garantías procesales, formando parte de ese modo del bagaje probatorio que el juzgador tendrá que valorar a la hora de emitir el fallo. V. **TORRES ANDRÉS**, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador...”, op. cit., pág. 120.

<sup>1110</sup> Esto sólo es explicable por la confusión entre diligencias de investigación y diligencias de prueba que, como se ha dicho, se observa en diversos lugares del texto legal. Sin embargo, la utilidad de esta norma y su coherencia deben llevar a ignorar esa referencia a la imposibilidad de práctica en el transcurso de la audiencia. Fundamentalmente, porque la finalidad de este trámite de audiencia es decidir si se celebra, o no, la audiencia, y sólo con vistas a esa decisión tiene sentido la práctica de diligencias denegadas, siendo absolutamente indiferente que puedan practicarse, o no, en la audiencia. Condicionar, o no, la práctica de una diligencia que no se puede practicar en la audiencia, cuando puede ser útil para decidir si se celebra, o no, es un contrasentido. V. **HERNÁNDEZ GALILEA**, *El sistema español...*, op. cit., págs. 260-261.

de la LORRPEME, sobre la celebración de la audiencia, establece un trámite previo, similar al dispuesto en el art. 793.2 de la LECRIM, en el que puede proyectarse, antes de iniciar las sesiones, la valoración del resultado de la prueba anticipada para, a su vez, solicitar nuevas pruebas, alegar vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, realizar una distinta calificación, o pedir una medida diferente a la inicialmente solicitada”<sup>1111</sup>.

Para PÁRAMO Y DE SANTIAGO en los casos por ejemplo de pruebas testifical, anticipada y preconstruida, si fueran practicadas por la autoridad judicial, el Juez se constituiría realmente como instructor, al efectuar una no solicitada por el Letrado Defensor y, aunque hubiera sido rechazada durante la instrucción, adoptando un criterio al margen del Defensor del menor, entendiendo que es relevante a los efectos del procedimiento. Se considera que tal actitud por parte del Juez quebraría el sistema acusatorio que acoge el procedimiento de la LORRPEME, quedando afectada la imparcialidad objetiva que debe presidir la función jurisdiccional, al introducir en el expediente una prueba anticipada por sí mismo (trasladando su resultado al Fiscal y al Letrado), como un elemento de valoración que tendría en cuenta a la hora de dictar sentencia, sin que participaran las partes, acusadora y defensa, ni intervinieran en la misma, conociendo solamente su resultado. Cabe referir que la naturaleza de las pruebas referidas sería la de auténticas pruebas del Juez que adoptaría una posición equivalente a la del Letrado, al practicar pruebas de la defensa, en muchos supuestos sin haber sido solicitada expresamente al Juez en este período, o simplemente reproducida ante él tras la negativa del Fiscal a realizarla, no ha sido reiterada expresamente, por haber dejado recluir el trámite de alegaciones o porque no las considera necesarias ya para la Defensa, e inmersas en el periodo intermedio y de única intervención del Juez, estarán en muchos casos viciadas incluso de constitucionalidad, porque exteriorizan un perjuicio o una toma de posición que le hace perder la imparcialidad objetiva. Una interpretación del precepto que evitaría posteriores impugnaciones vendrá determinada por la exigencia previa de una resolución judicial acordando la pertinencia de las pruebas propuestas mediante el auto de apertura de la audiencia, y sobre éstas el Juez

---

<sup>1111</sup> **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., pág. 172.

(considerando que no pueden celebrarse en el acto del juicio oral o audiencia), proceda a su práctica, antes del inicio de las sesiones, y siempre que se trate de pruebas preconstituidas o anticipadas (piénsese en análisis periciales de piezas o efectos, informes de la policía científica, reconocimientos médicos, análisis físicos o de vestigios orgánicos) cuya finalidad sea comprobar los hechos, contrastarlos o verificarlos, que accederán al juicio a través de la prueba documental, sin perjuicio de la declaración en el acto de la vista por parte de las personas que la realizaron. En este caso no existiría peligro de contaminación, ni consideración alguna que permitiera suponer que el juzgador perdió la imparcialidad objetiva. Por ello, se estima que las diligencias del Juez deben ajustarse al criterio de decidir únicamente de las pruebas solicitadas en el escrito de alegaciones del Letrado, siendo necesario que se haya iniciado la fase de apertura de audiencia<sup>1112</sup>.

En sentido contrario HUÉLAMO BUENDÍA considera que con relación a la solicitud de práctica de pruebas por parte del Letrado Defensor al Ministerio Fiscal, y la negativa a realizarlas por éste último, la Defensa podría reproducir su petición en cualquier momento ante el Juzgado de Menores. Que en todo caso conviene de todo punto evitar una duplicidad de instrucciones en el tiempo, una la ordinaria del Ministerio Fiscal y otra la suplementaria del Juez de menores respecto de las diligencias, cuya práctica ha sido denegada por el Ministerio Fiscal. Por lo que en consonancia con la Circular 1/00 se considera que estas diligencias deben ser practicadas por el Juez durante la fase intermedia del proceso<sup>1113</sup>.

Autores como ORNOSA FERNÁNDEZ consideran que la práctica de las pruebas, antes de la celebración de la audiencia, que hubiesen sido denegadas por el Ministerio Fiscal durante la instrucción, “no solo se refiere a la necesidad procesal de anticipar la práctica de la prueba que no admita demora, sino también a una necesidad de orden diverso, la que plantea el derecho que debe serle reconocido al Letrado del menor, de evitar

---

<sup>1112</sup> Cfr. PÁRAMO Y DE SANTIAGO, “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos...”, op. cit., págs. 266-268.

<sup>1113</sup> V. HUÉLAMO BUENDÍA, “Derecho penal de menores...”, op. cit., pág. 352.

la celebración del juicio, dándole la oportunidad de reclamar del Juez la práctica de aquellas diligencias, rechazadas por el Fiscal, que fueran verdaderamente reveladoras de la falta de fundamento de la acusación. Esta solución puede ser la más adecuada, porque, de un lado, evita el disfuncional desarrollo paralelo de dos instrucciones a un mismo tiempo, la judicial y la fiscal, que inevitablemente se produciría si se admitiese la posibilidad de que el Juez practicase, antes de la conclusión del expediente de reforma, las diligencias de instrucción rechazadas por el Fiscal. De otra parte, garantiza a la defensa del menor la posibilidad de evitar tempestivamente la celebración de la audiencia, obteniendo del Juez de menores un pronunciamiento de sobreseimiento, fundado en la práctica de aquellas diligencias de instrucción que, denegadas en su momento por el Fiscal, puedan ser relevantes para enjuiciar con justicia el fundamento de la acusación”<sup>1114</sup>.

En ese sentido el Letrado Defensor tendrá por lo menos la oportunidad de solicitar nuevamente la práctica de realización de las pruebas denegadas por el Ministerio Fiscal, al Juez de menores, antes de la celebración de la audiencia, pudiendo evitarse ésta de acuerdo al resultado obtenido en virtud de dichos elementos de prueba, y resolviéndose en su lugar el sobreseimiento del asunto. Sin embargo, como ya hemos manifestado antes, todo esto se podría haber evitado si se hubieran desahogado las pruebas desde el primer momento de su ofrecimiento, procurando con ello el principio de inmediación y la agilización del proceso penal instaurado en contra del menor, en interés del mismo.

Con el fin de explicar mejor este aspecto conflictivo exponemos la siguiente jurisprudencia en la que se resuelve que el Letrado Defensor incurrió en omisión por no solicitar en su momento que se tomara la declaración de su defendido. Ésta nos ayudará a conocer algunos criterios considerados por la autoridad competente, así como las valoraciones jurídicas realizadas con relación al derecho de defensa y su ejercicio. En efecto el Juzgado de Menores de Toledo, ordena reponer el auto de fecha 7 de noviembre de 2001, decretando la nulidad del auto de fecha 23 de noviembre de 2001 y ordenando

---

<sup>1114</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de...”, op. cit., pág. 332.

retrotraer las actuaciones nuevamente a la fase de instrucción para la práctica de la diligencia de declaración del menor, ante lo cual el Ministerio Fiscal interpone recurso de queja contra dicha resolución, admitiéndose el mismo, ya que se considera, entre otras cosas, que el Letrado Defensor no solicitó expresamente antes de concluir la instrucción, la práctica de dicha diligencia, considerándose que la posible declaración de nulidad plena e insubsanable, podría predicarse frente a la omisión de dicha diligencia si hubiera sido expresamente solicitada por el Letrado Defensor antes de concluir la instrucción<sup>1115</sup>.

---

<sup>1115</sup> “Auto del 21 Marzo de 2002, núm. 2/2001. Recurso de Queja... El Juzgado de Menores de Toledo dicto Auto acordando nulidad y retroacción de actuaciones con el fin de subsanar el derecho fundamental de defensa transgredido, a la fase instructora. ANTECEDENTES DE HECHO... Por el Juzgado de Menores de Toledo, se dictó... auto ...decreta la nulidad... retro trayendo las actuaciones, con el fin de subsanar el derecho fundamental trasgredido, a la fase instructora...se acuerda la suspensión de la celebración de audiencia del presente expediente ..contra dicha resolución, el Ministerio Fiscal, interpuso... recurso de queja, que fue admitido a trámite. FUNDAMENTOS DE DERECHO... la vigente Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (RCL 2000, 90), garantiza al menor sometido a enjuiciamiento “todos” los derechos reconocidos en la Constitución (art. 1.3 de la vigente LRRPM). Pues bien, en relación con los hechos reconocidos en el art. 24 de la CE y en particular con el derecho de defensa... nadie pueda ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de proclamarse en este proceso penal (abreviado), como consecuencia de la supresión del acto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no puede clausurarse una instrucción (a salvo claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o sobreseimiento), sin haber permitido su exculpación... es una exigencia constitucional el oír al imputado mayor de edad penal, antes de formular acusación alguna contra él; en el procedimiento seguido contra el menor, que goza de “todos” los derechos reconocidos en la Constitución, se debe cumplir idéntica exigencia, pues tan proceso penal es el seguido contra el mayor de edad penal como el seguido contra el menor, y todos los principios y garantías del primero son aplicables al segundo, a excepción del de publicidad. Y ello es así aunque la LRRPM no contenga ninguna norma explícita en su articulado que obligue expresamente a que el menor sea oído en declaración por el instructor, es decir, por el Ministerio Fiscal antes de concluir la instrucción, pues tampoco se contiene esa obligación expresa en la LECrim, respecto del procedimiento sumario ordinario ni del abreviado. Así, en el art. 385 establece que el instructor hará que los procesados presten cuantas declaraciones considere convenientes, pero en teoría no obliga a que se les reciba ninguna, a no ser que conforme al art. 400 fuera el propio procesado el que lo pidiera. Tampoco obliga expresamente el 789.4 a recibir declaración al imputado en la fase de instrucción. Pues bien, pese a esa falta de exigencia expresa, es evidente y nadie se plantea que la instrucción de un procedimiento no puede jamás concluir sin haber dado oportunidad al acusado de ofrecer su versión de los hechos. No es admisible desde ningún punto de vista dar por concluida una instrucción penal, sin haber oído antes en declaración al causado, y el Fiscal en un procedimiento ordinario, abreviado o de jurado, no lo admitiría. Pero es que si ello no es admisible en el procedimiento seguido contra mayores, en el que nos ocupa, la exigencia es todavía mas clara, pues aquí el Ministerio Fiscal adopta una doble condición, la de instructor y la de acusador. Así, el art. 23 de la LRRPM, la actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá por objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa. Difícilmente se puede expresar reproche alguno por su conducta a quien no se ha dado oportunidad de declarar, ofreciendo su versión de los hechos... Ningún Letrado en ningún procedimiento penal tiene la obligación de pedir la primera declaración de su cliente, pues confía en que se le oirá necesariamente de oficio. El precepto se refiere, como otros artículos de la LECrim, concretamente el art. 400, a ulteriores declaraciones del acusado, a las que necesariamente se ha de acceder si éste lo pidiera, pues la primera es una



---

exigencia del principio de defensa del art. 24 de la CE reconocido por el TC y por tanto de innecesaria petición. Por su parte, el art. 33, e) permite en efecto que el Juez de menores, antes de decidir a la vista de la petición del Fiscal sobre la celebración de audiencia o el archivo de la causa, pueda practicar por sí, las pruebas propuestas por el Letrado del menor denegadas por el Fiscal y que no pueden celebrarse en el transcurso de la audiencia, siendo claro que una declaración si es susceptible de ser practicada en la audiencia y en cualquier otra fase del procedimiento. El precepto parece estar refiriéndose a supuestos de prueba anticipada, que en la propia audiencia no será posible llevar a cabo... Pero es que descendiendo ya al supuesto concreto que nos ocupa, el menor al ser detenido, fue invitado a declarar en las dependencias de la Guardia Civil, no accediendo a ello, manifestando su deseo de hacerlo ante la autoridad judicial. Tal expresión no puede jamás ser interpretada como la manifestación del deseo del menor de declarar ante el Juez de menores en la audiencia, y de no hacerlo ante el Fiscal de menores en la fase de instrucción. El menor no tiene conocimientos jurídicos y cuando dice que declarará ante la autoridad judicial (si es que lo dice él y no se trata de una simple expresión formularia que de ordinario añade la Guardia Civil o la Policía cuando el detenido se niega a declarar), quiere decir que lo hará ante quien corresponda, sea Juez o Fiscal, es decir, ante quien sea el encargado de dirigir la investigación judicial y el oportuno expediente de reforma abierto contra él. Así pues, en el caso presente, el menor no ha sido oído por el Fiscal en ningún momento acerca de los hechos cometidos, y no cabe dar por reproducida tampoco su declaración en sede policial, pues en el libre ejercicio de sus derechos optó por no declarar en aquel momento. Sin embargo, sin esa declaración el acusador-instructor del procedimiento decide dar por concluida la instrucción... Entendemos que ello no es posible, al menos en este caso concreto en el que no hay ninguna declaración prestada por el menor... por lo que procede la desestimación del recurso interpuesto... Por último, en cuanto a la posibilidad de que el Juez acuerde la nulidad de lo actuado pese a que la defensa del menor manifieste extemporáneamente la emisión de su declaración en el expediente, el art. 240 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635; ApNDL 8375) permite que el Juez, de oficio, declare la nulidad de actuaciones cuando se den los supuestos del párrafo primero, es decir, defectos de forma en los actos procesales que determinen indefensión, lo que ocurre en el caso presente, al amparo del art. 283-3 por cuanto se ha prescindido totalmente de una norma esencial del procedimiento con infracción de los principios de audiencia y defensa... VOTO PARTICULAR.. Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635; ApNDL 8375), formula don... procedente del Juzgado de Menores de Toledo. FUNDAMENTOS DE DERECHO.... La discrepancia... se centra en la distinta apreciación que mantiene este Magistrado... y la existencia de un vicio esencial de procedimiento que lleve aparejada ineludiblemente una declaración de nulidad plena e insubsanable, considerando que en la tramitación del expediente se han respetado las exigencias y garantías previstas por la Ley, así como los principios de legalidad, tutela judicial efectiva y defensa consagradas en los arts. 9.3 y 24 de la Constitución, en relación con convenios internacionales... Con referencia específica a la fase de instrucción, atribuida al Ministerio Fiscal, dispone el artículo 23 de la Ley que aquella tendrá por objeto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor... Solo estará obligado el Fiscal a recibir declaración al menor cuando el Letrado proponga que se lleve a efecto la misma, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiere sido elevado al Juzgado de Menores... Ello con el propósito de conjurar el riesgo de sufrir situaciones sorpresivas. Así el fin perseguido de evitar situaciones sorpresivas fundamento último del trámite de imputación queda salvaguardado, por el derecho del menor a ser informado por los agentes de la Policía, el Ministerio Fiscal o el Juez, de los derechos que le asisten permitiéndole exponer si lo desea los motivos de inculpación, explicación, o justificación que estime convenientes. Lo expuesto no es óbice para que se valore oportuna dicha declaración cuando nos hallemos en presencia de delitos graves, pero incluso en estos casos, un alto porcentaje de actuaciones dará lugar a la detención en sede policial y a la presentación ante el Fiscal, deviniendo la toma de declaración como una diligencia necesaria, antes de decidir si procede solicitar una medida cautelar o acordar su puesta en libertad... cuando la misma no fue expresamente solicitada por el Letrado del menor antes de concluir la instrucción del expediente, pueda considerarse un vicio de tramitación que determine la nulidad plena e insubsanable de lo actuado con posterioridad a la fase de conclusión de la instrucción, una vez remitido el expediente al Juez de menores en la denominada fase intermedia o de preparación de la audiencia. En este sentido una posible declaración de nulidad plena e insubsanable podría

Asimismo y con relación a lo anterior, podría surgir la interrogante de que si el Juez de menores ordena la práctica de las pruebas ofrecidas por el Letrado Defensor, ¿quién las practicará y en que fase del procedimiento?<sup>1116</sup>.

Con respecto a esto, ORNOSA FERNÁNDEZ considera: “En este sentido se manifiestan los artículos 303 y 311 de la LECRIM. Asimismo, este precepto debe ponerse en relación con lo establecido en el art. 26 de la LORRPM, ya que ese derecho del menor de proponer y solicitar la práctica de diligencias viene limitado por la posibilidad que tiene el Fiscal de no admitirlas en resolución motivada, con lo que el Letrado del menor podrá

---

predicarse frente a la omisión de dicha diligencia, si ésta hubiera sido expresamente solicitada por el Letrado del menor antes de concluir la instrucción. Sólo de concurrir tal hipótesis podría apreciarse la concurrencia de infracción procesal y la producción de efectiva indefensión... Así la omisión de la diligencia de declaración del menor, en ausencia de solicitud expresa de su Letrado, no supone una vulneración de normas esenciales del procedimiento establecidas por la Ley, ni tampoco representa una infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, los cuales han sido plenamente garantizados, ni finalmente se han producido indefensión formal ni material... De este modo la representación del menor no puede alegar la vulneración del derecho de defensa de su patrocinado, cuando sólo a dicha parte es imputable que la declaración del menor no se llevara a término en la fase de instrucción del expediente, al no constar su solicitud en los términos prevenidos en el artículo 26; siendo igualmente improcedente su solicitud al formular el escrito de alegaciones, ya que sólo podrán practicarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33, las diligencias que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción del expediente y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia.... De lo expuesto ... no se aprecia la concurrencia de vicio de tramitación que justifique la formulación de un pronunciamiento declarando la nulidad de lo actuado en la fase de instrucción del expediente, ni se estima ajustado a derecho el acuerdo adoptado de ordenar retrotraer las actuaciones nuevamente a la fase de instrucción, para la práctica de la diligencia de declaración del menor, considerando por ello que el sentido del acuerdo idóneo en función de las circunstancias de hecho y de derecho concurrentes, debería haberse traducido en la estimación del recurso deducido por el Ministerio Fiscal y en la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la resolución recurrida, convalidando lo actuado en la denominada fase intermedia previa a la celebración de la audiencia...” Vid. *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, 2002, Vol. II, Primera Edición, Tomo VII, Aranzandi, págs. 487-490.

<sup>1116</sup> Sobre ésta y otras interrogantes ver obra de **ESQUIVIAS JARAMILLO**, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas...”, op. cit., págs. 408-409. La posibilidad de que en cualquier momento el Letrado del menor pueda, durante la instrucción, reproducir cuando lo crea oportuno ante el Juez la petición de pruebas no practicadas plantea el problema del modo cómo el Juez va a decidir si todavía no obran en su poder los antecedentes, así como si el Juez verificará la prueba por sí (lo que conlleva una instrucción paralela), o si habrá de ordenar al Fiscal la práctica de la prueba. V. **CEZÓN GONZÁLEZ**, *La nueva Ley Orgánica...*, op. cit., pág. 98. Al respecto **DOLZ LAGO** refiere que entiende que debe ser el Juez de menores el que practique estas diligencias denegadas por el Ministerio Fiscal, formando una pieza separada y dando cuenta de su resultado al Ministerio Fiscal, sin que ello le contamine o afecte a su imparcialidad objetiva, al actuar previa petición de parte, opinión que se sustenta en que el Letrado Defensor no solicita del Juez ni del Fiscal la admisión a la práctica de las diligencias, sino su práctica, por lo que el Juez al resolver la solicitud del Letrado deberá pronunciarse sobre su práctica, que no está sometida a un trámite de admisión judicial y traslado a otro organismo para realizarla. V. **DOLZ LAGO**, “El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas...”, op. cit., pág. 499.

reproducir su petición ante el Juzgado de Menores. Tal como se comenta en el art. 26, entiendo que, en caso de ser admitidas por el Juez, éste puede acordar que su práctica se efectúe en la fase de instrucción, por el Ministerio Fiscal, ya que, de practicarlas por sí mismo perdería su imparcialidad<sup>1117</sup>, y no debe de esperarse a que pueda practicarlas en la fase de audiencia, ya que el Letrado del menor puede necesitar su práctica para formular el escrito de alegaciones previo a la audiencia, y de no practicarse dichas diligencias de prueba se produciría una situación de indefensión”<sup>1118</sup>.

Si se procediera en la forma que refiere la citada autora se presentaría un conflicto, toda vez que el Juez de menores no es superior jerárquico del Ministerio Fiscal para ordenarle la práctica de diligencias que en su momento se negó a realizar<sup>1119</sup>, además de que la misma Circular de la Fiscalía 1/2000, relativa a la aplicación de la LORRPEME lo establece.

Como complemento a lo expuesto nos permitimos señalar la siguiente jurisprudencia, la cual se relaciona con la petición del desahogo de pruebas por parte del Letrado Defensor al Ministerio Fiscal, autoridad facultada para negarse a ello, siendo el

---

<sup>1117</sup> “La imparcialidad puede quebrar, entre otros motivos, cuando en una determinada causa el Juzgador actúa también como Instructor. Estaríamos ante lo que viene denominándose el aspecto objetivo de la imparcialidad mientras que en el aspecto subjetivo “trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto”, el objetivo viene referido al hecho de que el Juez encargado de la decisión haya tenido una intervención directa o indirecta de la instrucción”, **SÁNCHEZ BARRIOS, M**; “Sobreseimiento e imparcialidad...”, op. cit., pág. 875.

<sup>1118</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 264.

<sup>1119</sup> Lo dispuesto en el artículo 55.2 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, aprobatoria del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, establece que ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá recibir ordenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos, entre los que no se encuentran los miembros del Poder Judicial, por lo que no sería admisible que un Juez de menores ordenara al Ministerio Fiscal la práctica de una diligencia de instrucción denegada por éste último, por considerarla innecesaria, inútil o perjudicial y, sólo siendo, el Ministerio Fiscal una institución jerarquizada según el artículo 124.2 Constitucional, se podría acudir en queja al superior del Ministerio Fiscal instructor, por la decisión adoptada, el cual podrá dar las órdenes oportunas a dicho Ministerio Fiscal (arts. 25 y 26 en relación con los arts. 62.1 y 63.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), pudiendo éste último discrepar de su superior jerárquico en el marco del artículo 27 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Cfr. **DOLZ LAGO**, “El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas...”, op. cit., págs. 499-500.

Juez de menores, en su defecto, quien realizará la práctica de las mismas, si considera que se ha atentado contra el principio del derecho de defensa. En particular ésta refiere la admisión de un recurso de queja, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el auto de fecha 13 de junio de 2001, dictado por el Juez de menores de Jaén, en el que se admite el recurso de reforma interpuesto por el Letrado Defensor, declarando la nulidad de la conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenando retrotraer las actuaciones hasta su momento, con el fin de que el Ministerio Fiscal tome la declaración del menor, previa instrucción de sus derechos, con la intervención del Letrado Defensor, quien podrá solicitar las diligencias de prueba que considere necesarias, amén de que el Letrado Defensor fue nombrado hasta el momento posterior a la conclusión. El recurso de queja fue admitido con base a que la resolución de declaración de nulidad no está amparada por disposición legal alguna, además de que el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional, y por lo tanto sus actos no pueden ser calificados como actos judiciales, no siendo además susceptibles de recurso, no pudiéndose por ello decretar la nulidad de sus acuerdos por parte del Juez de menores, quien en su defecto si podrá garantizar los derechos del menor por otros mecanismos procesales, como son el sobreseimiento, la necesidad de subsanación y la no imposición de medida alguna al menor<sup>1120</sup>.

---

<sup>1120</sup> “Auto de 10 Octubre de 2001, núm. 125/2001. Recurso de Queja núm. 9/2001. ANTECEDENTES DE HECHO..... El Ministerio Fiscal presentó ...recurso de queja, contra el auto...dictado por el Juzgado de Menores... acuerda: Que estimando el recurso de reforma interpuesto por el Letrado del menor..., debo declarar y declaro la nulidad de la conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta su momento inmediatamente anterior con el fin de que el Ministerio Fiscal tome declaración a ..., previa instrucción de sus derechos, con intervención de aquél, el cual podrá solicitar todas las diligencias de prueba que considere necesarias. FUNDAMENTOS DE DERECHO... En el presente recurso de queja, se solicita la revocación de la resolución dictada por el Juzgado de Menores que decreta la nulidad de la conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, y la instrucción de las actuaciones al momento anterior, con el fin de que el Ministerio Fiscal tome declaración a..., previa instrucción de sus derechos, con intervención de aquel Letrado, y que se acuerde en su lugar, la continuación del procedimiento, y que por el Juez de menores, al amparo de lo dispuesto en el art. 33 e) LO 5/2000 ..., se dé traslado al Letrado... para que, con anterioridad a calificar jurídicamente los hechos, solicite del Juzgado la práctica de aquellas pruebas que considere necesarias para su defensa. El auto impugnado de fecha 13-7-2001, acuerda la nulidad de la conclusión del expediente, estimando un recurso de reforma previamente interpuesto por la defensa letrada del menor contra el auto de fecha 2 de julio de 2001, en el que se acordaba la apertura de la fase de audiencia; fundándose la nulidad, por una parte a la vulneración del derecho de defensa al haberse concluido el expediente por el Ministerio Fiscal, sin que el Letrado de la defensa, designado con posterioridad haya tenido posibilidad de intervenir en el mismo, y proponer las pruebas que estime oportunas... y por otra, en la vulneración de los derechos del menor a ser informado de la acusación que pesa sobre él, y a ejecutar su derecho de defensa a través de su declaración, y la intervención y solicitud de práctica de diligencias,

ORNOSA FERNÁNDEZ considera que “Sin embargo, puede que se trate de una simple discordancia legislativa y que lo más sensato sea pensar que el Juez de menores pueda acordar, en su caso, la práctica de las diligencias denegadas por el Fiscal y que ésta se haga por ese órgano durante la instrucción de las actuaciones, en el supuesto de que se solicite por el Letrado en ese momento, ya que dicha práctica puede ser fundamental, no sólo para realizar los correspondientes escritos de alegaciones sino también para adoptar decisiones que afecten a la continuación del proceso”<sup>1121</sup>. Opinión que pensamos también podría tener problemas, en virtud de atentar en cierto modo contra el principio de imparcialidad<sup>1122</sup> por parte del Juez de menores, amén de una duplicidad de instrucciones en el mismo tiempo, es decir la ordinaria del Ministerio Fiscal y otra la suplementaria del Juez de menores respecto de las diligencias, cuya práctica ha sido denegada por el Ministerio Fiscal. En su defecto, consideramos como idóneo que la autoridad jurisdiccional decrete en

---

derechos reconocidos en la propia Ley de Responsabilidad Penal del Menor, en la Constitución..., en la Ley de Enjuiciamiento Criminal... y específicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño... La cuestión planteada es la relativa a si es precisa la declaración del menor en la instrucción... parece claro que con dicho criterio se negaría la vigencia del principio estructural de contradicción, por lo que estimamos que debe darse, siempre que ello sea posible, la oportunidad de ser oído en el expediente, como presupuesto necesario para el traslado y concreción de la imputación contra él formulada, lo cual está acorde con los principios que regulan el enjuiciamiento de cualquier infracción penal....la cuestión principal debatida en el presente recurso y que no es otra cosa que la facultad del Juez de menores de decretar la nulidad de actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal. La resolución recurrida decreta la nulidad de la conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, y la retroacción de las actuaciones al momento anterior con el fin de que se tome declaración al menor previa instrucción de sus derechos y con intervención de aquel Letrado... partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal como hemos dicho no es un órgano jurisdiccional, y que sus actuaciones o actos no pueden ser calificados por tanto como actos judiciales, actos procesales o actuaciones judiciales, pues no emanan de un órgano jurisdiccional, o lo que debe añadirse que no son susceptibles de recurso, por todo lo cual, la conclusión es clara y evidente, no puede decretarse la nulidad de sus acuerdos, por el Juez de menores, quien puede garantizar los derechos del menor por otros mecanismos procesales... lo que llevara el sobreseimiento, art. 33 b, la necesidad de subsanación, art. 37.1, o por último, a la no imposición de medida alguna al menor, todo ello dependiendo del defecto que se produzca en el supuesto concreto, y lógicamente a la posibilidad de subsanación desde la perspectiva de la finalidad de la propia Ley, y del respeto de los derechos fundamentales”. *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, 2001, Vol. IV, Primera Edición, Tomo VI, Aranzandi, págs. 858-860.

<sup>1121</sup> ORNOSA FERNÁNDEZ, *Derecho penal del...*, op. cit., pág. 284.

<sup>1122</sup> Sobre la imparcialidad judicial se pueden ver las obras de CALVO SÁNCHEZ, “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos: Necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes...”, op. cit., MAGRO SERVET, “La imparcialidad judicial,” *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, No. 7, 2004, SAEZ GONZALEZ, “Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001, págs. 55-80 y SÁNCHEZ BARRIOS, “Independencia judicial e imparcialidad. Su regulación en España y en las constituciones latinoamericanas...”, op. cit., y de esa misma autora, “Sobreseimiento e imparcialidad....” op. cit.

su caso, de ser procedente, el sobreseimiento del expediente, o no imponga medida alguna al menor, si considera que se ha atentado contra el principio del derecho de defensa.

Con relación al punto específico de las facultades del Juez de menores, ante el caso de vulneración del derecho de defensa, citaremos como jurisprudencia la admisión del recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal, en contra del auto de 13 de julio de 2001, dictado por el Juzgado de Menores de Jaén, en el que declara la nulidad de conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenando retrotraer las actuaciones hasta el momento anterior, con el fin de que el Ministerio Fiscal incorpore el informe del equipo técnico y tome declaración al menor. El recurso de queja interpuesto por el Ministerio Fiscal, interesa acordar en su lugar, la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que por el Juez de menores de traslado al Defensor del menor, para que con anterioridad a calificar jurídicamente los hechos pueda solicitar del Juzgado, la práctica de aquellas pruebas que considere necesarias para su defensa. Cabe señalar que el recurso se admite, en vista de que el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional, y que sus actuaciones no pueden ser calificadas como actos judiciales o procesales, ya que no emanan de un órgano jurisdiccional, y no son susceptibles de recurso pues la Ley no prevé tal mecanismo, y la consecuencia procesal es que no puede decretarse la nulidad de sus acuerdos, aludiéndose de que a pesar de que la actuación este viciada por vulnerar derechos fundamentales, o por no estar ajustada a la Ley, puede tener consecuencias en orden a su posible eficacia jurídica, llevando al sobreseimiento, a la necesidad de subsanación, o a la no imposición de medida alguna al menor. Por lo que finalmente, se acuerda seguir la tramitación del procedimiento, ordenándose lo oportuno para la subsanación de los derechos que se estime vulnerados, en el seno del propio procedimiento<sup>1123</sup>.

---

<sup>1123</sup> “Auto de 10 Octubre de 2001, núm. 126/2001. Recurso de Queja núm. 7/2001. La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén estima el recurso de queja... ANTECEDENTES DE HECHO..... El Ministerio Fiscal presentó... recurso de queja, contra el auto... dictado por el Juzgado de Menores ...en cuya parte dispositiva se acuerda:... declaro la nulidad de la conclusión del expediente por el Ministerio Fiscal, debiendo retrotraerse las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior, con el fin de que el Ministerio Fiscal incorpore el informe del equipo técnico y tome declaración a ... previa instrucción de sus derechos, con intervención de aquella Letrado la cual podrá solicitar todas las diligencias de prueba que considere necesarias. FUNDAMENTOS DE DERECHO... Por el presente recurso de queja se solicita la revocación de la resolución dictada por el Juzgado de Menores, que al estimar a instancia de la defensa el recurso previo de

Asimismo, la decisión de la práctica, o no, de las pruebas anticipadas propuestas por la defensa podría adoptarse en el propio auto de apertura de la audiencia, junto con las demás pruebas de las partes que puedan llevarse a cabo en ésta, sin perjuicio de tomar en cuenta el tiempo que la práctica de la anticipada habrá de exigir a fin de evitar la no deseada suspensión de la misma. De ello que cualquiera que sea el momento en que el

---

reforma contra el auto de apertura de la fase de audiencia, decreta la nulidad de la conclusión del expediente y la retroacción de las actuaciones al momento anterior... Mediante el recurso se interesa de esta Sala que se acuerde, en su lugar, la continuación de procedimiento, sin perjuicio de que por el Juez de menores, al amparo de lo dispuesto en el art. 33 e) y LO 5/2000 (RCL 2000, 90), se dé traslado al Defensor del menor para que, con anterioridad a calificar jurídicamente los hechos, pueda solicitar del Juzgado la práctica de aquellas pruebas que considere necesarias para su defensa. La resolución funda la nulidad en ... La vulneración del derecho de defensa al haberse concluido el expediente por el Ministerio Fiscal sin que el Letrado de la defensa, designado por el Juzgado haya tenido posibilidad de intervenir en el mismo y proponer las pruebas que estime oportunas como le faculta el artículo 22 de la LO 5/2000. 3)... El derecho de defensa del menor, concretado en la asistencia letrada, entendemos desde la interpretación de la LO 5/2000, que no puede resultar más restringido que el de cualquier ciudadano mayor de edad y es por ello que la garantía de tan fundamental derecho exige que, antes de que se finalice la instrucción del expediente, se dé la oportunidad al menor personalmente, y en todo caso a través del Letrado, que sea designado a su instancia o de oficio, de intervenir en la instrucción del expediente... La tercera cuestión que se plantea en el recurso versa sobre la necesidad de la declaración del menor en fase de instrucción... Como ya hemos referido en otras recientes resoluciones resolviendo cuestiones sustancialmente idénticas, si el menor tiene derecho a ser oído, y a proponer diligencias desde el mismo momento de la incoación del expediente, que debe serle notificada, es evidente que debe dársele la oportunidad de que ejercite tal derecho... la cuestión a resolver es si ese derecho del menor a ser oído se erige en exigencia legal durante la instrucción, y en definitiva si el hecho de que no se decida recibirle declaración vulnera su derecho... lo que sí se estima imprescindible, y forma parte del derecho de defensa, es dar la posibilidad de que el menor sea oído. Pero queda por resolver quizás la cuestión nuclear del recurso, y que no es otra que la facultad del Juez de menores de decretar la nulidad de actuaciones realizadas por el Ministerio Fiscal... la retroacción de las actuaciones al momento anterior con el fin de que se tome declaración ..., previa instrucción de sus derechos y con intervención de aquel Letrado. Como sostiene el Ministerio Fiscal, este acuerdo no está amparado por disposición legal alguna... En el supuesto de autos lo que el Juez de menores acuerda anular es una actuación del Ministerio Fiscal, concretamente el decreto de la Fiscalía por el que se resuelve declarar terminado el expediente y su remisión al Juez de menores, incluyendo el escrito de alegaciones que se incorpora en folio aparte. Partiendo de la base de que el Ministerio Fiscal no es un órgano jurisdiccional, y que sus actuaciones o actos no pueden ser calificados como actos judiciales, actos procesales, o actuaciones judiciales, pues no emanan de un órgano jurisdiccional, y que no son susceptibles de recurso pues la Ley no prevé tal mecanismo, la consecuencia procesal es que no puede decretarse la nulidad de sus acuerdos. La Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, no contempla tal posibilidad, y debemos concluir que el Juez de menores no está facultado legalmente para decretar la nulidad de actuaciones no judiciales. El Juez, ciertamente se constituye en garante de los derechos del menor, como el propio Ministerio Fiscal (art. 6), pero a través de otros mecanismos procesales como se puede hacer efectiva dicha protección. El que el acto o actuación en cuestión esté viciado por vulnerar derechos fundamentales o por no ajustarse a lo dispuesto en la Ley, puede tener consecuencias en orden a su posible eficacia jurídica, lo que llevaría al sobreseimiento (artículo 33 b), a la necesidad de subsanación (art. 37), o por último, a la no imposición de medida alguna al menor, todo ello dependiendo de la entidad del defecto en el supuesto concreto, y al margen de la posibilidad de subsanación en fase judicial del expediente desde la perspectiva finalista de la propia Ley, y del respeto de los derechos fundamentales.” Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales, 2001, Vol. IV, Primera Edición, Tomo VI, Aranzandi, págs. 856-858.

Letrado Defensor haya solicitado la práctica de una prueba denegada por el Ministerio Fiscal en la instrucción, de la cual el Juez tiene conocimiento previo merced a la resolución del instructor, debe limitarse a tener por efectuada la petición de la defensa, y a esperar a la conclusión del expediente y su remisión junto con las alegaciones del Ministerio Fiscal para resolver, una vez evacuado el escrito de alegaciones por el Letrado Defensor y decidida la celebración de la audiencia, sobre la procedencia, o no, de su práctica que en todo caso habrá de ser relevante a los efectos del proceso<sup>1124</sup>. El respeto al principio de contradicción obliga a que el resultado de la prueba anticipada de la Defensa cuya práctica acuerde el Juez, sea puesto de manifiesto al Ministerio Fiscal y al Letrado Defensor del menor con antelación al inicio de las sesiones de la audiencia, siguiendo el artículo 33 e)<sup>1125</sup> de la LORRPEME<sup>1126</sup>.

#### **1.4. Su nombramiento por el Secretario del Juzgado al incoarse el expediente**

(Artículo 22 de la LORRPEME)

Este caso se encuentra también ubicado en la fase de instrucción. Antes de la modificación de la LORRPEME por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en su

---

<sup>1124</sup> No parece aceptable que el indudable derecho que asiste a la defensa de poder contradecir eficazmente el criterio del Fiscal instructor y de obtener una respuesta judicial fundada a sus pretensiones, tenga que traducirse necesariamente en el desarrollo de una instrucción judicial paralela a la del Ministerio Fiscal. Pues dicho resultado práctico resultaría contraproducente, de dudosa operatividad y contradictorio con la estructura general del proceso que la Ley diseña. V. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 440.

<sup>1125</sup> El artículo 33 de la LORRPEME es otro de los modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cuya redacción es la siguiente: “Artículo 33. Otras decisiones del Juez de Menores. En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones: a) la celebración de la audiencia; b) el sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones; c) el archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la Entidad Pública de Protección de Menores correspondiente, cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal; d) la remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto; e) practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia. Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley”.

<sup>1126</sup> **TORRES ANDRÉS**, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador...”, op. cit., págs. 120-121.



artículo 22.2, señalaba que una vez recibido del Ministerio Fiscal el parte de incoación del expediente, el Secretario del Juzgado de Menores<sup>1127</sup> requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado Defensor, en el plazo de tres días y de no hacerlo se le nombrará de oficio<sup>1128</sup>. Sin embargo, se han realizado modificaciones acertadas a la LORPEME en dicho artículo, en el sentido de que será el Ministerio Fiscal quien requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen Letrado en el plazo de tres días y de no hacerse se le nombrará de oficio.

La anterior regulación de la LORPEME nos podía dar a entender que la intervención del Letrado Defensor del menor oficialmente sería hasta el momento de la incoación del expediente, cuando sea designado por el Secretario del Juzgado, ya que así se establecía en la misma<sup>1129</sup>. Pero en caso de que el menor requiriera asistencia letrada por

---

<sup>1127</sup> ESCUDERO MORATALLA y otros refieren que los secretarios judiciales son funcionarios públicos de carácter técnico, que constituyen bajo la dependencia del Ministerio de Justicia un cuerpo nacional tutelado superior al servicio de la administración de justicia. **ESCUDERO MORTALLA y FRIGOLA VALLENA**, “El Secretario Judicial. Concepto y complemento”, en *Justicia*, No. 2, 1997. Con relación a la figura del Secretario Judicial, sus antecedentes próximos e históricos, su concepto, su naturaleza, deberes, su actuación en el proceso penal en las diferentes fases, y las últimas reformas orgánicas del mismo conforme a la Ley 19/2003 y su problemática, consultar obras de **ESCUDERO MORTALLA y FRIGOLA VALLENA**, “El Secretario Judicial. Últimas reformas organizativas conforme a la Ley 19/2003 del 23 de diciembre”, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2004; **ESCUDERO MORTALLA, LAMO RUBIO, ROBLEDO VILLAR**, “Secretario Judicial. Visión orgánico procesal actual”, *Revista General de Derecho*, Valencia, 1999; y **JIMENO BULNES**, “Las dilaciones indebidas y el Secretario Judicial”, en *Justicia*, No. 2, 3, 4, 2000, págs. 321-340; **MARTÍN OSTOS**, “Funciones procesales del Secretario Judicial en la LOPJ” en *Justicia*, No. II, 1986, págs. 263-291; y de ese mismo autor, “Hacia un nuevo Secretario Judicial español”, *La Ley*, No. 1, 1992, págs. 991-994 y “Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial, en *Justicia*, No. 1, 1990, págs. 35-47 y **SEONE CACHARRÓN**, “El Secretario como integrante funcional del órgano jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 2 y 3, 1978, págs. 573-648; y del mismo autor, “El Secretario Judicial y las garantías constitucionales del derecho a un proceso debido”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1988, págs. 69-113; y “Hacia una moderna configuración de las actividades jurisdiccionales del Secretario en la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, en “*Poder Judicial*, No. 3, 1986, págs. 53-58.

<sup>1128</sup> Sobre este aspecto **PÉREZ MARTEL** apunta: “Siguiendo con la regulación de la LORPM, el Abogado se designará por el Secretario del Juzgado de Menores, pudiendo plantearse problemas si no se designa desde el inicio del procedimiento. En la LRTTM se parte de la intervención preceptiva de Abogado, y se sitúa en la línea metodológica del artículo 2 LECrim atribuyendo al Fiscal en particular, la defensa de los derechos del menor y la observancia de sus garantías”, *El proceso del...*, op. cit., pág. 203.

<sup>1129</sup> La LORPEME estaba olvidando la regulación de la intervención de los Secretarios Judiciales en actuaciones de suma importancia y que debieran corresponder a los mismos, a éstos se les mencionaba poco y cuando lo hacía era en sentido erróneo como es el caso del requerimiento al menor para que designe Letrado Defensor, lo que llevaba a confusiones. En efecto, ya en la Fiscalía el menor tiene la posibilidad de designar Letrado Defensor para asesorarlo y representarlo, y con esta regulación del nombramiento del mismo por el

encontrarse detenido, o cuando tuviera que estar en presencia de la policía o del Ministerio Fiscal para rendir declaración o realizarse algún acto de investigación, (ya que como se ha expuesto anteriormente, el menor tiene derecho a contar con Letrado Defensor durante el desarrollo de cualquiera de las circunstancias referidas, a efecto de procurar el derecho de defensa), ¿dicha designación requeriría hacerse por el Secretario del Juzgado o podía realizarla en su defecto el Ministerio Fiscal?. En tal virtud se estimaba que debió haberse facultado al Ministerio Fiscal<sup>1130</sup> para ordenar el nombramiento del Letrado Defensor, siendo el mismo el que debiera encargarse de su defensa, hasta por lo menos concluido el proceso penal instaurado<sup>1131</sup>.

---

Secretario del Juzgado, implicaba un doble mecanismo sin sentido, amén de que requerirse que en el Juzgado que se nombre Letrado Defensor, cuando en tal fase procesal lo único que hay en el Juzgado es un parte de incoación de expediente, y cualquier actividad que pretendiera realizarse por el Letrado la tendría que hacer ante la Fiscalía, por lo que era lógico que la Fiscalía requiriera al menor para que designara Abogado y no se regulara hacerse ello por el Secretario Judicial. Cfr. **PÉREZ SÁNCHEZ**, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos, Secretarios Judiciales*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 34-35. El haber designado esa competencia al Secretario Judicial puede ocasionar que en algunos casos el nombramiento de Letrado Defensor se produzca de forma tardía provocando situaciones de indefensión, más concretamente en aquellos supuestos donde la instrucción es rápida, debido a que los hechos son de poca gravedad, o ya existen informes recientes del equipo técnico. y el Ministerio Fiscal da por concluida la instrucción antes de que se produzca la designación de Letrado Defensor, privándole por tanto de su derecho a interesar la práctica de diligencias durante la instrucción. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 690.

<sup>1130</sup> El sistema elegido por el PRRPM para la designación de Letrado tampoco se salvó de la crítica de la Fiscalía General del Estado. La Ley optó por que fuera el Secretario del Juzgado de Menores, en cuanto recibe el parte del Ministerio Fiscal notificándole la incoación de un expediente, el encargado de requerir al menor y a sus representantes legales para que designara Letrado en el plazo de tres días. Caso de no hacerlo, le sería nombrado de oficio entre los componentes del turno de especialistas del Colegio correspondiente. No dice qué hay que hacer cuando ya tiene un Letrado designado, por ejemplo por haber sido detenido. Resulta razonable pensar que en estos supuestos, si el Letrado fue elegido por el detenido o sus representantes, hay un Letrado designado y nada debe hacerse. Si el Letrado fue designado de oficio al detenido, se le puede comunicar que puede designar uno de su gusto o pasar por el ya nombrado. En todo caso, era evidente que el Ministerio Fiscal no tenía nada que decir sobre el nombramiento de Letrado, lo cual contrariaba a la Fiscalía General del Estado al preguntarse, ¿qué razón impedía que en la misma Fiscalía se llevara a cabo, no sólo la información de la posibilidad de nombrar Letrado, sino también el requerimiento de hacerlo y su designación de oficio sino lo hiciera? V. **RODRÍGUEZ SOL**, “El Fiscal ante la reforma del proceso penal juvenil...”, op. cit., págs. 174-175. Razones obvias de rapidez aconsejaban que tal designación se realizara en la Fiscalía (hay que recordar que la Ley establece que el Fiscal deberá dar vista al Letrado Defensor en un plazo no superior a veinticuatro horas), por lo que era aconsejable que el requerimiento para tal designación lo efectuará el Ministerio Fiscal y en caso de no designarse Letrado Defensor proceder a nombrarle uno de oficio, cumpliendo así el Ministerio Fiscal con sus obligaciones establecidas en la Ley de defensa de los derechos de los menores, vigilando las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y la observancia de las garantías del procedimiento. Cfr. **GISBERT JORDÁ**, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción...”, op. cit., pág. 160.

<sup>1131</sup> Indicaba DOLZ LAGO que la Ley había establecido un sistema artificioso de designación de Letrado del menor por el Secretario del Juzgado, que iba a originar no pocos problemas, dada la actuación preceptiva de

Fueron varios autores como ORNOSA FERNÁNDEZ los que criticaban tal designación por el Secretario del Juzgado de menores y hasta el momento de la incoación del expediente, en la anterior regulación. Dicha autora en su caso refería que: “Este derecho debe ponerse en relación con lo que el propio artículo establece en su número 2, en el que se especifica la forma en que se procederá a la designación de Letrado, y se llega a una solución sorprendente por cuanto se asigna al Secretario del Juzgado de Menores la función de requerir al menor para que designe Letrado, en el plazo de tres días, o en caso contrario para que solicite su nombramiento al Colegio de Abogados correspondiente, entre los integrantes del turno de especialistas en menores. Es sorprendente esta obligación del Secretario del Juzgado porque, como se ha expresado, en ese momento nos encontramos en la fase de instrucción, ya iniciada con la incoación del expediente, y lo lógico y práctico sería que la Fiscalía de Menores realizase esas funciones”<sup>1132</sup>.

Antes de la reforma de la Ley podría producir una doble función en el mismo sentido, ya que la Fiscalía por un lado informará al menor su derecho de nombrar Letrado Defensor, mientras el Secretario le requerirá que lo nombre<sup>1133</sup>. Pero todas estas

---

Letrado o Letrados en trámites previos a la misma iniciación del expediente, ante la Policía o la Fiscalía, cuando lo más sencillo hubiera sido indicar que el primer Letrado que tomara conocimiento del menor y del hecho, fuera designado de oficio para todo el procedimiento, por la autoridad que conociere, salvo designación de parte, conforme al artículo 788 de la LECRIM y Disposición Final Primera de la LORRPEME. Por otro lado, no se comprendía que si la Fiscalía incoaba el expediente, aunque no sea autoridad jurisdiccional como tampoco lo es el Secretario del Juzgado, no estuviera facultada para la designación del Letrado del menor y tuviera que ser el Secretario del Juzgado el que así lo realizara, ya que ello obligaba a que el juzgado participara esta designación a la Fiscalía, para que fuere convocado aquél a la práctica de las diligencias de investigación de la Fiscalía, cuando el juzgado en esos primeros trámites, prácticamente, se limita a esperar las peticiones de la Fiscalía sin realizar de oficio ninguna actividad propia, ya que las medidas cautelares y las autorizaciones de las limitaciones de los derechos fundamentales en la instrucción, sólo se adoptan por el juzgado a instancias del Ministerio Fiscal (Cfr. arts. 23.3 y 28 de la Ley). Tampoco era realista la Ley, al desconocer que bien ante la Policía, bien ante la Fiscalía, el menor detenido tiene que ser asistido de Letrado, el cual podría designarse desde ese momento en su defensa, sin que esa designación adolezca de vicio, por realizarse por autoridades no jurisdiccionales”, **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...*, op. cit., págs. 51-52.

<sup>1132</sup> **ORNOSA FERNÁNDEZ**, *Derecho penal de...*, op. cit., pág. 262.

<sup>1133</sup> De esa manera se producía una doble información: La Fiscalía le informa al menor de la posibilidad de que nombre Letrado, y el Secretario del Juzgado le requiere para que lo nombre o que se le designe de oficio, sin saber por qué motivo no se produjo en la Fiscalía no sólo la información, sino también el requerimiento de oficio para que lo nombra. La previsión que indica el artículo podía conllevar a que existiera una dualidad de

consecuencias o confusiones que podría haber traído la regulación del artículo 22.2 de la LORRPEME han sido afortunadamente subsanadas con la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, modificación que entraña otro de los aspectos favorables con relación a la impartición de justicia en materia de menores.

### **1.5. El secreto de expediente y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor**

(Artículos 24, 31 y 35 de la LORRPEME)

Finalmente, este supuesto lo encontramos ubicado en la fase de instrucción<sup>1134</sup>. El artículo 24<sup>1135</sup> de la Ley que nos ocupa, regula que el Juez de menores podrá decretar el secreto del expediente<sup>1136</sup>, en su totalidad o parcialidad, durante toda la instrucción o en un

---

Letrados, claramente contraproducente para el menor. Cfr. **RAMON FERNÁNDEZ**, “Notas sobre el proyecto de Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores...”, op. cit., pág. 12457.

<sup>1134</sup> El secreto del expediente debe solicitarse al Juez en la fase de instrucción. El auto judicial resultante debe ser motivado y fundarse en una necesidad acreditada de realizar la instrucción sin conocimiento inmediato del Letrado Defensor del menor, lo que convierte a esta medida en verdaderamente extraordinaria, sin lugar a dudas lesiva del derecho de defensa, y se espera que de uso muy restringido. El auto habrá de valorar los intereses en conflicto: de una parte, el interés de la sociedad en la realización de la justicia frente a posibles maniobras del menor inculcado, o de otras personas que pretendan ocultar pruebas; de otra, el derecho fundamental del menor a ejercer una defensa efectiva de su interés en la instrucción del expediente. El citado art. 24 olvida establecer la duración del secreto de expediente, por lo que habrá de acudir a lo regulado por el art. 302.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 688.

<sup>1135</sup> El artículo 24 de la LORRPEME es otro de los modificados por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, cuya redacción queda de la siguiente manera: Artículo 24. Secreto del expediente. El Juez de menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un periodo limitado de ésta. No obstante, el Letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite por el juzgado en pieza separada.

<sup>1136</sup> Se trata de un precepto trasnochado, que representa claramente la preeminencia del secreto de las actuaciones judiciales, sobre el derecho a la información. Los hechos noticiables de un Juzgado o Tribunal se generan normalmente en el ámbito del procedimiento penal del sumario. V. **LASTRA LIENDO**, “El Secretario Judicial, garante del derecho fundamental de la información judicial: Obligaciones informativas...”, op. cit., pág. 735.

periodo limitado de ésta<sup>1137</sup>, ya sea a petición del Ministerio Fiscal, del menor, o su familia<sup>1138</sup>, pudiendo el Letrado Defensor del menor conocer en su integridad el expediente, al evacuar el trámite de alegaciones<sup>1139</sup>.

Hay que recordar que en el proceso penal de menores el principio de publicidad de las actuaciones (principio básico y que salvaguarda las garantías en el proceso penal de adultos) tiene limitaciones, esto con el afán de proteger el interés del menor, y evitar efectos contraproducentes derivados de dicha publicidad<sup>1140</sup>. En efecto, la limitación al principio de publicidad la encontraremos regulada por el artículo 35 de la LORRPEME<sup>1141</sup>,

---

<sup>1137</sup> El derecho a la tutela judicial efectiva sin ocasionar indefensión constituye una de las garantías contempladas en el artículo 24 de la CE, razón por la que cualquier restricción al derecho fundamental de defensa en el marco del proceso penal del menor deberá ser autorizado judicialmente. V. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales....”, op. cit., pág. 194.

<sup>1138</sup> A pesar de que el art. 24 no prevea el supuesto de que sea solicitado por el Letrado del menor, es evidente que está legitimado para ello. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción del proceso penal...”, op. cit., pág. 210.

<sup>1139</sup> Según se desprende de dicho artículo, cuando el Juez de menores decreta el secreto del expediente, el Letrado no puede intervenir, debiendo conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. No se entienden los motivos por los que el legislador desconfía del Letrado Defensor hasta el punto de desaparecer de la instrucción si se declaran secretas las actuaciones. Cfr. **RIOS MARTÍN y SEGOVIA BERNABÉ**, “La Ley de responsabilidad penal de los menores. Cambio de paradigma: Del niño en peligro al niño peligroso...”, op. cit., pág. 557.

<sup>1140</sup> La validez constitucional de la restricción a la publicidad en aras de la protección de la intimidad del menor resulta innegable. Sin embargo, ello no exime al órgano judicial de una motivación, incluso reforzada, a la hora de verificar el oportuno juicio de ponderación de los intereses en conflicto. De hecho, la limitación a la publicidad admite diversos grados y puede ser selectiva. Así lo permite, no sólo el artículo 6 del Convenio Europeo cuando alude a... “la totalidad o parte del proceso...”, sino también la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando en su artículo 682 recuerda que el secreto de los debates podrá ser acordado antes de comenzar el juicio o en cualquier estado del mismo. V. **MARCHENA GÓMEZ**, “La protección de la intimidad de los menores: Perspectivas civil y penal”, en *Revista General de Derecho*, Año LI, No. 603, Diciembre, 1994, pág. 12479.

<sup>1141</sup> La LORRPEME también sufre modificaciones por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, en su artículo 35 en los apartados 1 y 3, los cuales quedan redactados de la siguiente forma. 1. La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del Letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual 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. También podrá asistir el representante de la Entidad Pública de Protección y Reforma de Menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer la persona o personas a quienes se exija responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia. 3. Quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido en los términos que establezca el Juez de menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.

que establece que el Juez de menores, podrá acordar en interés del imputado que las sesiones no sean públicas, entre otras circunstancias<sup>1142</sup>. Sin embargo, el aspecto de publicidad de las actuaciones que tratamos en este apartado, se encuentra relacionado con la limitación al derecho o principio de contradicción, contemplado por el art. 24 Constitucional, ya que al momento de decretarse que el procedimiento penal no es público, con esa decisión también se está afectando al derecho de las partes, en este caso, el derecho del menor y su Letrado Defensor para conocer el curso y contenido del expediente, y ejercer su derecho de defensa<sup>1143</sup>.

El objeto de la regulación del secreto de expediente<sup>1144</sup> establecida en la LORRPEME, es diferente al establecido en la establecida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 301 y 302<sup>1145</sup>, cuya limitación de éste último es con el fin de

---

<sup>1142</sup> En Italia el juicio instaurado en contra de los menores infractores generalmente no es público tampoco, y durante éste el Juez que preside el tribunal pregunta directamente al acusado, con objeto de evitarle cualquier trauma, no siendo contrainterrogado el menor. Cfr. **GATTI UBERTO**; “Sistema italiano de justicia para menores de edad...”, op., cit., pág. 280.

<sup>1143</sup> “El ejercicio del derecho a la defensa exige que el imputado y su Letrado tengan conocimiento del procedimiento desde un primer momento, sin que pueda excluirse ningún extremo del mismo a la defensa bajo pena de nulidad de las actuaciones”, **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora...*, op. cit., pág.122.

<sup>1144</sup> Con relación a la publicidad y secreto del expediente no podemos dejar de revisar los artículos de **CALATAYUD PÉREZ**, “LO 5/2000. Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia”, en *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 328-330; **DIEZ-PICAZO**, “Publicidad y secreto de la Constitución”, en *Acceso judicial a la obtención de datos, Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 43-62; **ECHARRI CASI**, “Protección penal del secreto de las actuaciones”, *Estudios Jurídicos Cuerpo Secretarios Judiciales*, Vol. II, Madrid, 2000, págs. 373-414; **JIMENO BULNES**, “El principio de publicidad en el sumario”, *Justicia*, No. IV, 1993, pág. 676-679; **MARTÍN SÁNCHEZ**, “Instrucción del procedimiento reglas generales (Título Tercero, Artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad de menores*, Madrid, págs. 127-132; **PARRA GARCÍA**, “Régimen de publicidad y secreto en el proceso penal”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. II, Madrid, 2000, págs. 415-460; **PEDRAZ PENALVA**, “Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales...”, op. cit., págs. 3894-3899; **RODRÍGUEZ BAHOMONDE y RODRIGUEZ BALEO**, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, págs. 212-279; **VICITES PÉREZ**, “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: Los procesos paralelos”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 393-424.

<sup>1145</sup> El secreto de expediente en los procesos instruidos en contra de adultos tiene finalidades diferentes al de menores, aunque su regulación en la LORRPEME es considerada similar a la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por algunos autores. En efecto, **DOLZ LAGO** considera que “El secreto previsto en el art. 24 de la LORRPEME es similar al del art. 302 de la LECRIM, sin que le sean aplicables los plazos allí previstos, ya

asegurar y facilitar la investigación de los hechos en el proceso de los adultos<sup>1146</sup>, mientras que en el proceso de los menores es con el afán de procurar su interés superior, aunque ello, a su vez, afecte la intervención de éste y su Letrado Defensor en las actuaciones que integran al proceso<sup>1147</sup>, por lo menos hasta que termine el tiempo durante el que se haya acordado el secreto<sup>1148</sup>.

Y es precisamente el plazo del tiempo regulado por la LORRPEME, donde encontramos otro de los aspectos conflictivos de la Ley. Esto es, el secreto del expediente podrá mantenerse durante toda la instrucción o parte de ella conforme a la Ley de menores, mientras que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se establece como plazo máximo el de un mes<sup>1149</sup>, fundamento legal del que cabe preguntarse si podrá aplicarse de manera

---

que la LORRPEME señala expresamente que el secreto podrá decretarse durante toda la instrucción o durante un periodo limitado de ésta”, **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal del menor...*, op. cit., págs. 141-142. Asimismo es importante ver la obra de **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, “El secreto de sumario como límite al derecho a la libertad de expresión”, en *Criminalidad, medios de comunicación y procedimiento penal*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2000, págs. 181-190.

<sup>1146</sup> Esto ocurre cuando para evitar un perjuicio irreparable a los fines de la investigación criminal se limita, por ser incompatibles, el derecho de las personas imputadas, impidiéndose su acceso a las actuaciones sumariales, restringiendo así las garantías procesales constitucionalmente garantizadas, como el derecho de defensa, el derecho a conocer la acusación y el derecho a utilizar los medios de prueba, restricciones que sólo pueden ser acoradas por el órgano judicial. Cfr. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 194. Hay que ser conscientes al tratar el secreto sumarial, en su configuración de límite a la libertad de expresión, que el mismo no es una materia homogénea, sino que por el contrario afecta a derechos fundamentales y a diferentes principios jurídicos a saber, y sin ánimo de ser exhaustivos, al derecho a comunicar o recibir libremente información veraz. V. **VICITES PÉREZ**, “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: Los procesos paralelos...”, op. cit., pág. 395.

<sup>1147</sup> La CFGE refiere que tal decisión, al ser potencialmente lesiva del derecho de defensa, debe efectuar una ponderación de los intereses en conflicto, el de la sociedad en la realización de la justicia frente a posibles maniobras del menor o personas de su entorno, para ocultar medios de prueba; y el derecho de defensa del propio menor. V. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 442.

<sup>1148</sup> Las partes personadas se verán privadas de intervenir en las diligencias que se practiquen y no se les notificará resolución alguna afectada por el secreto, sin perjuicio de que una vez alzado el mismo, puedan conocer todo el contenido del sumario, e incluso impugnar alguna resolución de la que tengan conocimiento en ese momento, **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**, “El secreto de sumario como límite al derecho a la libertad de información...”, op. cit., pág. 290.

<sup>1149</sup> Se trata de una medida restrictiva de derechos fundamentales idéntica a la concedida al Juez de Instrucción por el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero sorprende que goce de menos controles que ésta, en cuanto a su duración, pues de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Criminal el secreto del sumario no puede durar más de un mes –si bien el TC ha admitido la posibilidad de prórroga de dicho plazo- y deberá alzarse con diez días de antelación a la conclusión de aquél, mientras que en el proceso de menores puede durar toda la instrucción hasta el momento del trámite de alegaciones por la defensa, diferencia de trato que no se encuentra suficientemente justificada. Cfr. **APARICIO BLANCO**, “Diligencias

supletoria al proceso de menores, debido a que la LORRPEME establece una regulación específica con relación a este supuesto. Cuestión que deberá ser valorada, tanto por el Ministerio Fiscal al solicitar su decreto, así como por los jueces al momento de acordarlo<sup>1150</sup>.

Con relación al secreto del expediente y el ejercicio de defensa, el artículo 31<sup>1151</sup> de la LORRPEME refiere que al proceder a abrir el trámite de audiencia, se le dará traslado al Letrado Defensor del menor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente<sup>1152</sup>, con el objeto de que en un plazo de cinco días hábiles, formule escrito de alegaciones, situación lógica, ya que si el Letrado Defensor no tuviera

---

de instrucción restrictivas de derechos fundamentales...”, op. cit., pág. 195. Ya se vincule el contenido del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al derecho de defensa del justiciable o al principio de publicidad del proceso para las partes, lo cierto es que ambos son derechos fundamentales, reconocidos por el artículo 24.2 de la Constitución, y según el artículo 53.1 de la misma, sólo por Ley puede regularse la que habrá de respetar su contenido esencial. En este caso, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal regula en su artículo 302 tales derechos, lo que obliga a respetar los términos estrictos del propio precepto legal, que fija el límite máximo del secreto para las partes en un mes y habrá de alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario. V. **PECES MORATE**, “Publicidad y secreto sumarial”, *Revista del Poder Judicial*, No. X. XI, XII, 1989, pág. 135.

<sup>1150</sup> “Se exceptúa la posibilidad legal de la declaración judicial de secreto del procedimiento, secreto que supone una restricción al derecho fundamental a la defensa, justificada, siempre, en otro interés constitucional, lo que exigirá en todo caso una resolución judicial donde aplicar el principio de proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales de la persona”, **VENTURA FACI y PÉLAEZ PÉREZ**, *Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero Reguladora...*, op. cit., pág. 122. “La decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales únicamente puede incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada”. (TEDH S 18 de marzo de 1997, caso Foucher y TC S 174/2001, de 26 de julio. FJ3).

<sup>1151</sup> El artículo 31 de la LORRPEME es otro de los que sufre modificación con la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, quedando redactado de la siguiente forma: Artículo 31. Apertura de la fase de audiencia. Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el Secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el Secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil, para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el Secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al Letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

<sup>1152</sup> En tanto el artículo 31 de la LORRPEME prevé al referirse a la apertura de la fase de audiencia, que el Juzgado de Menores dará traslado al Letrado Defensor del menor del escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y del testimonio del expediente, es en esta fase, donde, en su caso, existe esa obligación, pero no durante la fase de instrucción, y sin que ello suponga veto alguno al derecho de defensa, pues el artículo 23 de dicha Ley ya dispone que el Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente y sin duda en la fase de diligencias preliminares al Letrado Defensor en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite. Cfr. **DIÁZ CAPPÀ**, “Algunos aspectos de la prevención social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal...”, op. cit., pág. 561.



oportunidad de conocer el expediente, no podría proceder a la formulación de sus alegaciones, originándose así un estado de indefensión<sup>1153</sup>. Aunado a lo anterior, cabe señalar que en comparación con el proceso de adultos, el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligatoriedad de que el secreto del expediente se levante con diez días de antelación a la conclusión del sumario, mientras que en el de menores, como hemos dicho y de acuerdo al artículo 24 de la LORRPEME, el secreto se levantará con la finalización de la instrucción, ya que a su vez el art. 31 de la Ley de menores contempla que el Letrado Defensor conocerá el expediente antes de exponer sus alegaciones, realizándose ello en la fase intermedia o previa a la audiencia. Si se aplica tal cual lo establecido por la LORRPEME, se imposibilita al Letrado Defensor para que interponga los recursos necesarios contra las resoluciones emitidas durante la instrucción, por no haber tenido conocimiento de las mismas, amén de no poder solicitar la práctica de diligencias necesarias para su defensa<sup>1154</sup>.

Como consecuencia de lo anterior consideramos necesario que el Letrado Defensor conozca el expediente antes de concluirse la instrucción<sup>1155</sup>, como lo establece la propia Ley

---

<sup>1153</sup> Una condición fija el art. 24 de la LORRPEME sobre el secreto del expediente: el Letrado Defensor del menor tendrá que conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Esta premisa también ha sido regulada en el art. 302.2 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, a fin de que todas las partes personadas en el proceso puedan tener conocimiento de lo actuado. El art. 24 de la LORRPEME no ha previsto cuáles son los motivos que permiten la adopción de esta decisión de secreto por el Juez de menores, ni el tiempo máximo en el supuesto de secreto del expediente con carácter parcial. Aplicando supletoriamente la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Criminal, se considera que en el caso de adopción parcial de secreto será por tiempo no superior a un mes (art. 302.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), y los motivos que se puedan alegar serán los regulados en el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “razones de orden público y de protección de los derechos de libertades”. Cfr. **MELÉNDEZ LUQUE**, “El procedimiento declarativo...”, op. cit., págs. 340-341.

<sup>1154</sup> El secreto debe decretarse mediante auto motivado en el que se ponderen los intereses en conflicto: de una parte el interés de la sociedad en la realización de la justicia frente a las posibles maniobras del menor inculpado, o de otras personas de su entorno encaminadas a ocultar o dispensar elementos de prueba; de otra, el derecho fundamental del menor a ejercer una defensa efectiva de su interés, en la fase de instrucción del expediente. V. **LORCA MARTÍNEZ**, *El sistema español de justicia juvenil*, Editorial Dykinson, 2002, pág. 219.

<sup>1155</sup> La brevedad de los plazos y la justificación por la gravedad del hecho, son exigencias constitucionales para sostener su legalidad. Debe fijarse en el propio auto judicial en que se acceda al secreto, un límite máximo de duración, no superior al mes previsto en el art. 302. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de eventuales prórrogas, una vez que se revise la instrucción por el órgano judicial y se motive nuevamente su procedencia. El Letrado Defensor del menor deberá, en todo caso, conocer en su integridad el expediente antes de que se concluya por el instructor. *Ibidem*.

de Enjuiciamiento Criminal, fundamento legal que puede hacer valer y que deberá ser considerado por el Ministerio Fiscal y el Juez de menores, a efecto de salvaguardar los principios del derecho de defensa, contradicción, igualdad y oralidad<sup>1156</sup>.

## **1.6. El desacuerdo con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal**

(Artículos 32 y 36 de la LORRPEME)

La conformidad<sup>1157</sup> constituye en el proceso penal una institución que permite la finalización anticipada del proceso mediante el dictado de sentencia, sin necesidad de

---

<sup>1156</sup> Aunque el art. 24 de la LORRPEME dice que el Letrado Defensor deberá conocer en su integridad el expediente antes de evacuar el trámite de alegaciones, es mucho más correcta la solución que ofrece el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto que, como hemos visto, determina la obligatoriedad de que el secreto se alce con diez días de antelación a la conclusión del sumario, para poder facilitar al Letrado Defensor la interposición de recursos contra decisiones adoptadas en la fase de instrucción o, incluso, para la solicitud de la práctica de nuevas diligencias de prueba. Cfr. **ORNOSA FERNÁNDEZ**, “El Juez de menores en la fase de instrucción del proceso penal...”, op. cit., pág. 210.

<sup>1157</sup> Dentro de los caracteres de la conformidad, podemos referir los siguientes: a) Es un acto procesal que encierra una declaración de voluntad concreta: la de poner fin al proceso, mediante la aceleración de trámite en su caso, o su presión en otros; b) Respecto a su naturaleza: 1) En ocasiones supone un verdadero allanamiento, verbigracia cuando la defensa muestra su conformidad con la pena más grave; 2) En otras por el contrario, la conformidad entraña una verdadera transacción. Ello ocurre en los casos en que la defensa y la acusación formulan un escrito conjunto, c) Es un acto de defensa, y en ocasiones conjunto de la defensa y la acusación particular. Al ser un acto de la defensa, se plantea si con posterioridad puede alegarse la presunción de inocencia, considerándose que la doctrina y jurisprudencia se muestran unánimes respecto a esta cuestión en el sentido de que llevada a efecto la conformidad, está vinculada a la defensa en los hechos, imposibilitando así cualquier posterior reclamación basada en una presunta vulneración de la presunción de inocencia. Cfr. **JUANES PECES**, “La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 573, Thomson Aranzadi, 2003, págs. 1-2. La conformidad sería el acto procesal, realizado por la defensa con la aquiescencia del acusado, mediante el que se manifiesta que se está de acuerdo con el escrito de acusación si hay uno solo, o con el que contenga pena de mayor gravedad, si hay varios, o con el que se presente en la fase de juicio oral, siempre que no se refiera a hecho distinto, ni contenga calificación más grave que la del escrito de acusación primitivo. La declaración de voluntad está formada por la concurrencia de dos voluntades: la del Letrado Defensor y la del acusado. De modo que si cualquiera de las dos falta la conformidad no será posible y el juicio deberá seguir por sus trámites ordinarios. V. **SANCHÍS CRESPO**, “El Ministerio Fiscal y la conformidad...”, op. cit., pág. 577. Vid. También sobre la conformidad **RODRÍGUEZ GARCÍA, N**; *El consenso en el proceso penal...*, op. cit., págs. 77-198.

practicar las pruebas recopiladas durante la fase de instrucción<sup>1158</sup>. GIMENO SENDRA refiere que la conformidad es un acto unilateral de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio puro de oportunidad, por el que mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada<sup>1159</sup>.

Con relación a la conformidad en el procedimiento penal instaurado en contra de los menores regulado por la LORRPEME, ubicamos a este supuesto dentro de la fase de audiencia. La conformidad del menor con la sentencia impuesta la encontramos regulada por los artículos 32 y 36 de la LORRPEME<sup>1160</sup>.

El artículo 32<sup>1161</sup> trata la conformidad del menor y su Letrado Defensor, con la solicitud del Ministerio Fiscal, para la imposición de alguna o algunas de las medidas

---

<sup>1158</sup> **BARALLAT LÓPEZ**, “La conformidad en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, Madrid, 2003. pág. 137.

<sup>1159</sup> **GIMENO SENDRA**, “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 3, 1990, pág. 977.

<sup>1160</sup> La conformidad en el ámbito del enjuiciamiento de menores se puede definir como un acto procesal realizado por el acusado, con la aquiescencia de su Letrado, por el que manifiesta estar de acuerdo con la medida solicitada en concreto por la acusación y que provoca, siempre que concurren los presupuestos y requisitos previstos legalmente, la finalización inmediata del proceso mediante sentencia. De este concepto se extraen las características siguientes. a) La conformidad es un acto procesal de parte, id est, un acto jurídico que supone la expresión de una voluntad humana –la del menor acusado- a la que la Ley vincula la producción de determinadas consecuencias jurídicas dentro del proceso, en particular, el inmediato truncamiento de éste, eludiendo la celebración del juicio y la práctica de los medios de prueba; b) Aquella declaración esta formada por la concurrencia de dos voluntades: la del acusado y la de su Letrado. Si cualquiera de las dos voluntades falta, la conformidad no desplegará su eficacia característica y el proceso continuará por sus trámites ordinarios; c) Es de carácter unilateral y personalísimo, es decir, dimanante del menor acusado y no de su representante legal, de cuya opinión se puede prescindir si así lo estima el Juez; d) Consiste en la aceptación de las consecuencias jurídicas del hecho punible fijadas por la acusación -sin distinción de su clase-; e) Siendo el efecto más característico de la conformidad el truncar el proceso sin previa actividad probatoria, no puede por menos que afirmarse que el fundamento de esta institución es, como en el proceso seguido frente a los adultos, servir al principio de economía procesal, pero también el de salvaguardar el prevalente interés del menor en tanto se soslaya cualquier posible aflicción que pudiera ocasionar en su persona el desarrollo del juicio. Cfr. **AGUILERA MORALES**, “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el anteproyecto de la Ley orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 5, 1996, págs. 1592-1593.

<sup>1161</sup> El artículo 32 de la LORRPEME ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, quedando con la siguiente redacción: Artículo 32. Sentencia de conformidad. Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del

previstas en las letras **e)** a **n)**, del apartado I, del artículo 7<sup>1162</sup>. Dicha conformidad se expresa en comparecencia ante el Juez de menores<sup>1163</sup>.

El artículo 36 refiere que el Juez de menores informará al menor de la(s) medida(s) solicitada(s) por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, amén de los hechos y de la causa en que se funden, preguntándole si se declara autor de los mismos, y si está de acuerdo con la(s) medida(s) solicitada(s)<sup>1164</sup>. Si manifiesta su conformidad<sup>1165</sup> con ambos extremos, oído su Letrado Defensor dictará resolución de conformidad, y si el Letrado

---

apartado 1 del artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su Letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite. Cuando el menor y su Letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad. Cuando la persona o personas contra quien se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se substanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.

<sup>1162</sup> A su vez el artículo 7 de la LORRPEME también ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre. Con relación a los cambios que nos interesan en este apartado, señalaremos en específico que se ha agregado una medida más al catálogo de las ya contempladas, siendo ésta la de la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. (letra i), por lo que en vez de hacer referencia el art. 32 para la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras **e)** a **m)**, del apartado I, del artículo 7, lo hace de las letras **e)** a **ñ)** del apartado I del artículo 7.

<sup>1163</sup> En nuestro derecho procesal no se cuenta con una Ley de conformidad penal, sino con una parca y desperdigada regulación que la contempla para diversos procesos con el del menor (arts. 32 y 36 de la LORRPEME). Pero no existe una regulación general que dé respuesta a las lagunas y dudas sobre numerosos aspectos: límite de la pena a que es posible aplicarla, garantías para el efectivo control judicial de la voluntad del acusado, contenido de la sentencia de conformidad, etc. V. **FERNÁNDEZ MARTÍN y URBANO CASTRILLO**, “La conformidad penal, una Ley pendiente y necesaria”, *La Ley*, No. 5579, 2002, pág. 2. Todos los analistas coinciden en la parca regulación que tiene la conformidad en el proceso penal regulada para el proceso abreviado por los artículos 791.3 y 793.3. V. **DE URBANO CASTRILLO**, “La conformidad penal como instrumento decisivo para el eficaz y más rápido funcionamiento de la jurisdicción penal”, *La Ley*, No. 4936, 1999, pág. 15. De igual forma se considera que es una institución que no guarda parangón con ninguna de las consideradas parejadas en el derecho comparado, pues la conformidad del derecho español nunca permite la sustitución, ni el cambio, ni la suspensión, ni la paralización del ius puniendi, sino que exige precisamente el pleno ejercicio de la persecución de la infracción penal, y la imposición de la pena que corresponda por los hechos cometidos. V. **FORCADA JORDI**, “Acerca de la conformidad en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1991, pág. 1029.

<sup>1164</sup> No obstante promover las soluciones consensuadas requiere prudencia y adecuación a la realidad del menor, y especialmente a su capacidad para prestar un consentimiento libre y responsable, expresión verdadera de su personalidad y no mera respuesta condicionada a una presión institucional, o de sus representantes legales para poner fin precipitadamente al proceso. La supuesta eficacia pedagógica de estas soluciones puede degenerar en auténtico fraude si lo que se pretende es desarmar procesalmente al imputado e inducirle a una renuncia de sus derechos por espúeos motivos de eficacia o celeridad burocrática. V. **GONZÁLEZ CAMPO**, “Celebración de la audiencia. Conformidad...”, op. cit., pág. 793.

<sup>1165</sup> La conformidad surge como una institución polémica, de la que como en cualquier medio de solución basado en el consenso, habría que cuestionar hasta qué punto la solución es más justa. V. **BARONA VILAR**, *La conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 287.

Defensor no estuviere de acuerdo con la manifestación de conformidad del menor, el Juez de menores resolverá sobre la continuación, o no, de la audiencia<sup>1166</sup>.

Asimismo, el artículo 36 de la LORRPEME sufrió modificaciones en virtud de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, quedando con la redacción siguiente: “Artículo 36. Conformidad del menor. 1. El Secretario Judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal, y en su caso, la acusación particular y actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de las causas en que se funden. 2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el Letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el Letrado no estuviere de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación, o no, de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia. 3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a éste último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes. 4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia

---

<sup>1166</sup> Tras una información de sus derechos adecuada a la capacidad de comprensión del menor por parte del Juez de menores, existe la posibilidad de una conformidad sobre los hechos y sobre la medida propuesta, en cuyo caso, si el Letrado mostrase también su conformidad, dictará resolución de acuerdo con ella. Si el Letrado se mostrase en desacuerdo, el Juez de menores podrá acordar la continuación, o no, de la audiencia, a diferencia de lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 696, que cuando el Defensor estima necesaria la continuación del juicio se procede a su celebración. En cualquier caso la decisión que adopte el Juez de menores ha de razonarla en la sentencia. V. **HUETE PÉREZ**, “El procedimiento penal con menores...”, op. cit., pág. 58. El Letrado Defensor debe ser oído en relación a la conformidad en los hechos mostrada por el menor, al igual que ocurre con el supuesto de conformidad plena del menor con los hechos y con la medida. Fuera de los supuestos de conformidad descritos, el Letrado Defensor debe ser oído en relación a la práctica de nuevas pruebas y sobre la vulneración de algún derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, teniendo también la posibilidad de aplicar una distinta calificación a la ya efectuada. V. **PELÁEZ PÉREZ**, “La defensa del menor. El interés superior del menor...”, op. cit., pág. 696.

sólo en lo relativo a éste último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella

De acuerdo a lo anterior no es imprescindible que la conformidad del menor sea aceptada por el Letrado<sup>1167</sup>; si ambas voluntades concurren se dicta sentencia de conformidad de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal y si no estuviera de acuerdo el Letrado Defensor, la resolución del Juez dictando sentencia de conformidad pese a la posición de aquel exige una motivación razonada y expresa. Cabe señalar que en este periodo la conformidad no está supeditada a la petición de medida concreta, como exige la conformidad que en la fase intermedia o de preparación mediante el escrito de alegaciones del Letrado, que sólo se permite si las medidas solicitadas en su escrito son alguna de las contenidas entre las letras e) a m) del artículo 7.1 *-de acuerdo a la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre ahora e) a ñ)-*, si no que puede referirse a cualesquiera de las medidas establecidas en ese precepto, incluyendo desde el internamiento en régimen cerrado hasta la amonestación<sup>1168</sup>.

Como es de observarse, el desacuerdo del Letrado Defensor del menor con la conformidad<sup>1169</sup> de éste respecto a la sentencia, tal y como se establece por la LORRPEME,

---

<sup>1167</sup> Algunos autores consideran que con relación a la conformidad, ya en la Circular FGE, se decía que se presentaba como formalmente válida la capacidad de consentir del menor. Respecto del Letrado Defensor, éste no sólo debe prestar asistencia, sino que debe complementar la voluntad del menor. Es inevitable la pregunta de si las discrepancias entre ambos hacen inviable la conformidad o el Juez podría decidir optando por dar prevalencia a la voluntad del menor, que es el verdadero sujeto activo de la conformidad. El texto del artículo 36 de la LORRPEME establece la audiencia del Letrado Defensor, cuya opinión no será vinculante para el Juez. V. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 411.

<sup>1168</sup> Cfr. **PÁRAMO Y DE SANTIAGO**, “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos...”, op. cit., pág. 273

<sup>1169</sup> Al referirnos a la conformidad se entiende por ella, conformidad con los hechos, con la calificación jurídica y con la responsabilidad penal. Esta conformidad está claramente diferenciada del reconocimiento de hechos del art. 789.5.5 L.E.Cr., que se refiere, como su propio nombre lo indica, sólo a los hechos. V. **SANCHÍS CRESPO**, “El Ministerio Fiscal y la conformidad de los arts. 791.3 y 793.3 de la L.E.Cr.”, en *Revista de Derecho Procesal*, No. 2, 1995, págs. 575-576. “La conformidad por la que el acusado reconoce los hechos y acepta la pena para ellos pedida por la acusación renunciando a la celebración de juicio y a la posibilidad de defenderse, produce en el proceso el efecto propio de una confesión y determina la inimpugnabilidad de las sentencias dictadas que no pueden ser destruidas en casación, ni por otra vía de impugnación, como ha declarado reiteradamente esta Sala”. (SS. TS. de 8 de febrero de 1966, 8 de febrero de

no obliga a la continuación de la audiencia<sup>1170</sup>. Pero, ¿qué pasa si existe alguna otra circunstancia de la que el Letrado Defensor pueda valerse para la defensa de su representado y la absolución del mismo? Es decir, dentro de dichas circunstancias podría señalarse la posibilidad de allegarse de nuevos medios probatorios y ofrecerlos para su defensa<sup>1171</sup>. Asimismo, el Letrado Defensor tiene el derecho de mostrar su conformidad<sup>1172</sup>, o negar los hechos imputados al menor; dar su calificación jurídica, señalando la no participación del menor o el grado de la misma; formular una versión diferente de los hechos o admitir éstos, pero negando su valoración jurídica; admitir los hechos, su calificación jurídica, la participación del menor, pero oponerse a la medida solicitada por considerarse exagerada, etc<sup>1173</sup>.

No se debe olvidar que la conformidad exige un alto grado de conciencia y voluntad en el sujeto que hace uso de dicha facultad procesal, puesto que implica la renuncia al

---

1984, 4 de abril de 1984, 9 de mayo de 1991, 7 de mayo de 1992, 8 de marzo de 1995, 19 de julio de 1996, 4 de febrero de 1997, 1 de marzo de 1998, 1273/98 de 26 de octubre y 1818/2000 de 27 de febrero). “También ha entendido esta Sala así en la sentencia de 4 de febrero de 1997, que la admisión de los hechos por el acusado le impide a este invocar la presunción de inocencia”. (STS de 4 de febrero de 1997).

<sup>1170</sup> El precepto que estudiamos menciona al Letrado del imputado y dice que éste debe ser asistido por aquél en el reconocimiento de hechos. La asistencia del Letrado implica su presencia física y su consejo técnico, pero nada más. Es decir, el Letrado Defensor podría no estar de acuerdo con ese reconocimiento de hechos, su aquiescencia no es necesaria, ya que la Ley no prevé, ni su conformidad con el reconocimiento, ni la posibilidad de hacer constar de alguna manera su desacuerdo. V. **SANCHÍS CRESPO**, “El Ministerio Fiscal y el reconocimiento de hechos”, en *Revista de Derecho Procesal*, No.1, 1996, pág. 83.

<sup>1171</sup> Con la conformidad puede llegar a producirse una quiebra del principio de presunción de inocencia, cuando éste se entienda como necesidad de practicar pruebas en el juicio oral, dado que este instituto implica la renuncia a la práctica de dichas pruebas, asumiéndose con ello una sentencia condenatoria. V. **BARONA VILAR**, “La conformidad en el proceso penal”, en *La Reforma de la Justicia Penal*, Universitat Jaume I, Col·lecció Estudis Jurídics No. 2, 1997, pág. 289.

<sup>1172</sup> La conformidad es un acto procesal que en cuanto tal encierra ante todo una declaración de voluntad de poner fin a un proceso penal ya iniciado. Dicha declaración de voluntad necesariamente ha de consistir en el reconocimiento y voluntad de la defensa de cumplir la pena solicitada por la parte acusadora. Por lo que la conformidad a su vez es un acto procesal unilateral que jurídicamente asiste única y exclusivamente a la defensa. Cfr. **GIMENO SENDRA**, “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)...”, op. cit., págs. 977 y 978.

<sup>1173</sup> La función del Letrado Defensor en el acto de conformidad no sólo consiste en prestar asistencia al menor, sino en completar su voluntad; la eficacia de aquel acto se hace, pues, depender de la concurrencia de pareceres del Letrado y del acusado en el conformarse con las consecuencias jurídicas solicitadas por la acusación. Cfr. **AGUILERA MORALES**, “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el anteproyecto de la Ley orgánica penal juvenil y del menor, de 27 de abril de 1995...”, op. cit., pág. 1593.

derecho fundamental de defensa y la imposición al acusado de una sanción punitiva sin contradicción alguna<sup>1174</sup>.

En tal virtud, pensamos que no debería considerarse suficiente la simple conformidad<sup>1175</sup> del menor con la(s) medida(s) solicitada(s) por el Ministerio Fiscal o acusación para su imposición<sup>1176</sup>, sin darle menor importancia a la falta de acuerdo por parte del Letrado Defensor respecto a esa conformidad<sup>1177</sup>, ya que por algo éste se encuentra encargado de la defensa del menor y de sus intereses; no debiéndosele privar de agotar hasta el último recurso para demostrar la inocencia de su defendido y ejercer sus funciones, procurándose con ello los principios de derecho de defensa, contradicción, oralidad y presunción de inocencia<sup>1178</sup>.

Por lo tanto, cuestionamos como correcta y adecuada, la facultad discrecional que otorga el legislador al Juez de menores, para resolver la continuación, o no, de la audiencia

---

<sup>1174</sup> Cfr. **RIOS CABRERA**, “La conformidad conjunta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal”, *La Ley*, Año XIX, No. 4582, Madrid, 1998, pág. 2.

<sup>1175</sup> La conformidad puede entrañar ciertas desventajas como son: posible infracción del principio de legalidad (cabe la condena de un inocente), posible infracción del principio de igualdad (cabén soluciones diferentes a supuestos similares), se desjudicializa la resolución de la contienda (atribuyendo excesivo protagonismo al Ministerio Fiscal y diferente rol al Defensor), el imputado renuncia a derechos fundamentales (juicio oral y público y presunción de inocencia), conocimiento limitado del hecho imputado (la certeza de la prueba de cargo es frágil), pena despersonalizada (sin atender al imputado y al hecho en sí), desigual trato del imputado (los que negocian obtienen una pena menos grave), costo social y político (riesgo de que los más débiles se presten con facilidad al acuerdo) y por último, en esta no exhaustiva enumeración de argumentos críticos, se apunta la posibilidad bien que remota de que el Ministerio Fiscal se comporte en ocasiones impulsado por móviles extrajurídicos. Cfr. **MARTÍN OSTOS**, “La conformidad en el proceso penal”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 5, 1996, pág. 1502.

<sup>1176</sup> “Como expone la STS de 17 de junio de 1991 (RJ 1991, 4728), la conformidad es una institución que pone fin al proceso basándose en razones utilitarias o de economía procesal evitando la realización del acto del juicio oral, y por consiguiente, la práctica de las pruebas encaminadas a demostrar la realización del hecho imputado... la conformidad significa un allanamiento a las pretensiones de la acusación pero, sin llegar a sus estrictas consecuencias. Así se ha entendido siempre por la doctrina y jurisprudencia que no llega a la equiparación exacta entre ambas modalidades de terminación del proceso, permitiendo, en el caso de conformidad en el proceso penal, que se dicte la sentencia que se estime justa”, **RIVES SEVA**, *La prueba en el proceso penal...*, op. cit., pág. 174.

<sup>1177</sup> “y finalmente, de doble garantía, pues se exige, inexcusablemente, anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados”. *Ibidem*.

<sup>1178</sup> “La conformidad supone, por el contrario, la exclusión de toda actividad probatoria ya que el hecho es aceptado como existente” *Ibidem*; op. cit., pág. 173.



y de no acordarse dictarse sentencia de conformidad<sup>1179</sup> (art. 32 de la LORRPEME), ya que debería continuarse con ésta si se presenta la inconformidad del Letrado Defensor, a pesar de la conformidad de su representado<sup>1180</sup> con la(s) medida(s) propuesta(s) por el Ministerio Fiscal, para presentar y desahogarse los elementos necesarios de prueba en apoyo de su defensa en la respectiva audiencia<sup>1181</sup>; amén de que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal,

---

<sup>1179</sup> “Lo que es irremediable es la afirmación de que la conformidad, cuanto menos, cuestiona la tutela judicial efectiva penal, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta se cumple cuando se garantiza el derecho de acción a los ciudadanos (teniendo en cuenta que la acción penal implica el derecho a la iniciación del proceso, a la realización del mismo, practicando el Juez Instructor toda la actividad oportuna para descubrir los hechos, y determinar los autores de los mismos), y el derecho de penar de los órganos jurisdiccionales (monopolio del Estado). Esta segunda vertiente queda claramente quebrada cuando se obtiene la conformidad del acusado con las calificaciones del Ministerio Fiscal, dado que al Juez se le limitan las facultades de penar que se derivan del propio texto constitucional”, **BARONA VILAR**, *La conformidad en el proceso penal...*, op. cit., pág. 288.

<sup>1180</sup> “Aunque aquí el papel fundamental lo va a tener el propio acusado, en cuanto es él el que va a tener que manifestar su declaración de conformidad o de confesión con las responsabilidades derivadas de los hechos delictivos, lo cierto es que se deberá también oír al Defensor del acusado, con el fin de que éste manifieste si está, o no, de acuerdo con la no continuación del proceso (art. 694). La opinión del Defensor va a ser importante dado que, si manifiesta su voluntad de no continuar el proceso, el órgano jurisdiccional procederá a dictar sentencia en los términos fijados en el art. 655. En caso contrario, se procederá a la celebración de juicio (art. 696)”; **BARONA VILAR**, “Algunas reflexiones en torno al instituto de la conformidad en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1994, pág. 928. Sobre este supuesto es importante consultar también obra de **FLORES PRADA**, “Eliminación y aceleración del procedimiento. La conformidad. El juicio rápido”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 35-36.

<sup>1181</sup> Dadas las características de esta conformidad no parece que se dé el supuesto de desacuerdo del Letrado del menor, pero si se dá, habrá de acudir al dispositivo previsto en el art. 34 sobre la pertinencia de pruebas y señalamiento de la audiencia, con objeto de celebrar ésta según los artículos 35, 36 y 37, entre los que, de nuevo, se da la oportunidad de otra conformidad del menor, en la que si persiste el desacuerdo del Letrado, el Juez ya podrá decidir sobre la continuación, o no, de la audiencia. Es decir, que no cabe en la comparecencia de conformidad del art. 32, que en caso de desacuerdo del Letrado, decida el Juez sin más sobre la continuación, o no, de la audiencia, como establece el art. 36.2, ya que para ello tendría que haberse pronunciado previamente sobre la pertinencia de las pruebas y señalado la celebración de la audiencia, extremos éstos sobre los que no se pronuncia cuando convoca a la comparecencia de conformidad. V. **DOLZ LAGO**, *La nueva responsabilidad penal...* op. cit., pág. 178. Asimismo, sobre el trámite de conformidad y momentos para prestar la misma se puede consultar obras de **BARONA VILAR**, *La conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 219, y del mismo autor, “La Conformidad en el Proceso Penal y la Justicia Negociadora”, en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 85-106; **CARRERA DOMENECH**, “El acto de audiencia y la sentencia penal en la Ley Orgánica 5/2000”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001, págs. 356-359; **DIEGO DIEZ**, “El control judicial sobre la conformidad del acusado”, *Revista del Poder Judicial*, No. 23, 1991, págs. 33-47, y de ese mismo autor, *La conformidad del acusado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 168-186; 188-201 y 316-339; **FAIREN GUILLEN**, “La conformidad de la voluntad del sujeto en las declaraciones de conformidad en el proceso penal (Sugerencia al Ministerio de Justicia)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1998, págs. 1934-1940; **GIMENO SENDRA**, “El proceso penal de menores”, en *Dogmática y Ley penal*, Tomo II, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, págs. 1334-1342; **MARTÍN Y MARTÍN**, “Conformidad y sentencia en el proceso penal”, *Actualidad Penal*, No. 1, 1992, págs. 59-63; **PUENTE SEGURA**, *La conformidad en el proceso penal español*, Editorial Colex, Madrid, 1994, pág. 45-133;

en su artículo 696, se establece que cuando el Letrado Defensor considere necesaria la continuación del juicio, se procederá a ello<sup>1182</sup>.

De tal forma si esa regla rige en el proceso penal de adultos, con más razón tendría que haberse considerado para el proceso penal de menores, en vista del interés superior del menor, y aunque la LORRPEME sólo contempla la conformidad del menor con relación a las medidas que no impliquen internamiento<sup>1183</sup>, ello no justifica que por eso se tenga como irrelevante la inconformidad del Letrado Defensor, dado que a pesar de denominárseles a éstas “medidas”, ellas no dejan de ser un castigo, independientemente de su gravedad<sup>1184</sup>.

---

**SOBRÓN OSTOS**, “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Artículos 32 a 34)...”, op. cit., págs. 165-172”; **SOTO NIETO**, “Procedimiento abreviado. Conformidad del acusado con el escrito de acusación. Supuestos de conformidad”, *La Ley*, No. 4801, 1999; **TOME GARCÍA**, “Conformidades. Celebración de la audiencia”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, págs. 821-844; **URIARTE VALIENTE**, “La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, No. 1943, 2003, págs. 1921-1969.

<sup>1182</sup> La necesidad del consentimiento del Letrado viene exigida por la regulación que de la conformidad hace el proceso abreviado, **SANCHÍS CRESPO**, “El Ministerio Fiscal y la conformidad...”, op. cit., pág. 578. El Juez también podrá ordenar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su Defensor lo considere necesario. Cfr. **BARALLAT LÓPEZ**, “La conformidad en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002...”, op. cit., pág. 139, y **JUANES PECES**, “La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley...”, op. cit., pág.4. Para que la conformidad sea válida es necesario que tanto el Letrado Defensor como su patrocinado la manifiesten de un modo expreso (arts. 655.1, 688 y 694). Debido, pues, a la autonomía que el Defensor adquiere en el proceso penal, si éste reputa conveniente la continuación del juicio aún contraviniendo la voluntad de su patrocinado, el Juez debe disponer la reanudación del juicio. Cfr. **GIMENO SENDRA**, “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)...”, op. cit., pág. 980. Esta misma postura la observamos con **RIOS CABRERA**, “La conformidad conjunta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal...”, op. cit., pág. 3.

<sup>1183</sup> “Expreso mi acuerdo con la peculiar situación de que la conformidad, a través del escrito de alegaciones, sólo se admite respecto a las medidas no constitutivas de internamiento; en el supuesto de que la conformidad se produzca al iniciarse la audiencia, el Juez ha de acudir a los trámites de este artículo y en él no existe limitación respecto a qué medidas puede referirse”, **PÉREZ MARTELL**, *El proceso del...*, op. cit., pág. 306.

<sup>1184</sup> Por último hay que referir que la conformidad de la defensa y del acusado para que produzca el efectivo vinculante para el tribunal, excluyente de la casación, tendrá que ajustarse a las condiciones y pautas exigidas en los artículos 791.3 y 793.3 de la Ley procesal penal. Si la conformidad es en el escrito de calificación, tendrá que ser total. Si la conformidad se produce en el juicio, tendrá que ser previa al mismo precisamente para evitar su celebración, y exteriorizarse en la aceptación de la acusación más grave por el Letrado Defensor del acusado y por éste mismo, y en la petición dirigida al órgano enjuiciador de que se dicte sentencia de conformidad. (STS de 2 de enero de 2001, Fundamento de Derecho Segundo).

### **1.7. El Letrado Defensor como verdadero defensor de los derechos del menor. Su posición en la LORRPEME**

La defensa en la fase de instrucción y previas a la misma se encuentra muy limitada, ya que estas últimas representan un proceso penal, sino más bien un trámite ciertamente administrativo, lo cual hace que las mismas no se desarrollen en forma contradictoria. En efecto en la LORRPEME no se prevé la publicidad inmediata de las actuaciones para el sospechoso; de esa manera mientras que el Juez de instrucción está obligado a poner inmediatamente en conocimiento de los inculpados la admisión de denuncia o querrela en su contra, o la práctica de cualquier actuación procesal de las que resulte una imputación delictiva (Arts. 18 LECrim y 25 LO 5/95), en la fase preliminar del procedimiento de menores el principio de contradicción se retrasa hasta prácticamente el traslado del expediente con el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal al Juzgado de Menores (Art. 30 LORRPEME). Este texto legal da a entender que no quiere que el menor inculpado tenga conocimiento de la denuncia presentada en su contra y de las diligencias preliminares, llevadas a cabo por el Ministerio Fiscal, lo cual también se aplica a la instrucción, ya que en ella no hay dos partes procesales que, con igualdad de derechos y deberes, comparecen ante un tercero imparcial en defensa de sus respectivas y enfrentadas pretensiones, sino más bien hay un órgano público que investiga en solitario la comisión de un hecho punible, a los únicos efectos de poder valorar en primer término, y justificar después ante los tribunales de justicia, la necesidad o conveniencia de ejercitar la acción penal contra el menor probable autor de una infracción delictiva.

La LORRPEME ofrece apoyos a la tesis de un proceso que no se basa en el principio de contradicción, sino en la cooperación entre los diferentes actores. Ello lo demuestra el hecho de que también al Ministerio Fiscal se le atribuye la defensa de los derechos del menor. Con esto se pone de relieve que en la justicia de menores no se actúa sobre la base de dos partes contrapuestas. Como ejemplo cabe referir el art. 7.3 de la Ley citada que al ocuparse de los criterios a tener en cuenta de cara a la elección de las medidas, los dirige no sólo al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores, sino también al Letrado

Defensor<sup>1185</sup>. Esto parece dar a entender que dicho defensor, cuando las circunstancias así lo exijan, está obligado a colaborar y a solicitar la medida más adecuada. Tal posición parece coherente con la idea de que la finalidad primordial de la LORRPEME es la educación del menor y, en consecuencia, se trata de intervenir para asegurar el interés de éste. Desde ese punto de vista sería rechazable la actuación de un Letrado Defensor que no sólo no colabora, sino que se opusiera a cualquier intervención, pues esto sería perjudicial para el menor<sup>1186</sup>.

La LORRPEME intenta que la defensa del menor sea una defensa activa y plenamente efectiva, lo cual se está impidiendo al negar dicha Ley la efectividad del derecho de defensa, lo que puede acarrear en la práctica graves vulneraciones constitucionales, como por ejemplo es el caso en el que el Letrado Defensor depende de la decisión del Ministerio Fiscal para la prácticas de pruebas, es decir, que se permita la práctica de una diligencia exculpatoria (teniendo la obligación el Ministerio Fiscal de realizar todas las diligencias inculpatorias que existan). Si se observa bien, con ello la actividad inculpatoria se realizará sin límites, mientras que la exculpatoria tendrá carácter restrictivo, lo cual atenta contra el principio de igualdad de armas realizadas en su caso en la fase de investigación<sup>1187</sup>.

---

<sup>1185</sup> Sólo desde una concepción estrecha del derecho de defensa se entenderá como una contradicción el que ésta llegue a acuerdos con el Fiscal y se muestre conforme con el mismo, en el marco de la legalidad, ya que precisamente, ambos agentes, Defensa y Fiscal deben seguir sus actuaciones en función al superior interés del menor, y en ese camino es fácil encontrar los puntos de confluencia que permitan una solución consensuada del conflicto, a la que sólo faltará la bendición judicial para que sea efectiva. V. **DOLZ LAGO**, “La Ley penal del menor: ¿Una Ley impracticable? Crítica práctica de su impracticabilidad...”, op. cit., pág. 35. Asimismo con relación a este tema ver el artículo de **CIPRIANI**, “El Abogado y la verdad”, *Revista del Poder Judicial*, No. 72, 2003, págs. 175-181.

<sup>1186</sup> Por ello no es de extrañar que la figura del Letrado Defensor se haya considerado como un factor perturbador en el proceso de menores o como un riesgo pedagógico. Sobre los autores que mantienen esta tesis ver las obras de **ALBRECHT, P**; *Jugendstrafrecht*, págs. 340 y ss, y **OSTENDORF, H**; *Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1987, pág. 428.

<sup>1187</sup> ¿Qué sucederá entonces en la fase de diligencias preliminares del expediente ante el Ministerio Fiscal? Parece que el menor tanto detenido como no detenido debería contar con asistencia letrada en las declaraciones que presente ante el Ministerio Fiscal, si no se quiere situarlo en peores condiciones comparando con el proceso penal instaurado en contra de los mayores. Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores...”, op. cit., págs. 608-609.

## **2. Aspectos conflictivos de las actuaciones del Abogado Defensor observados en la LTMI**

### **2.1. La falta de regulación de intervención del Abogado Defensor en diligencias trascendentales desarrolladas durante el procedimiento**

El principio del derecho de defensa se ve afectado durante la primera etapa procesal, llamada “De la iniciación de actuaciones hasta la determinación del Comisionado”, y en la tercera etapa procesal (“De la instrucción a la resolución definitiva”).

En efecto, la LTMI omite especificar de manera expresa la intervención del Abogado Defensor cuando el menor se encuentre ante la presencia del Ministerio Público, quien puede realizar diversas diligencias reguladas por los artículos 46 y 57, fracción I, de la misma, que pueden resultar trascendentales para dictar la resolución definitiva. Sin embargo, remitiéndonos al artículo 30 de la LTMI podemos considerar que éste puede intervenir con el afán de defender los intereses legítimos y derechos del menor. Asimismo, es importante recordar que el derecho de defensa se encuentra previsto por el artículo 20, fracción IX, Constitucional, el cual establece: a) defensa adecuada; b) defensa de sí mismo, mediante la cual es posible que el procesado ejerza su derecho a exponer sus argumentos, siempre después de los de la acusación, para que sean éstos los que queden en el ánimo intelectual y moral del Juzgador, esto es, el derecho a la última palabra; c) defensa por Abogado de confianza; d) defensa por persona de confianza y; e) defensa por Defensor de oficio asignado. Por lo que se debe precisar que el menor tiene derecho a asistencia jurídico-técnica ante la presencia de cualquier autoridad y ante la realización de toda diligencia.

Por otra parte, el derecho de defensa también se ve afectado en el proceso paralelo para obtener el dictamen técnico, y es que la naturaleza presumiblemente científico-verificativa y no argumentativa-persuasiva del resultado de dichos estudios permite justificar la exclusión sistemática del Abogado Defensor en las sesiones del Consejo

Técnico, en donde sí se regula la asistencia del Comisionado, de acuerdo con lo previsto por el artículo 35, fracciones II, inciso f), y III, violándose con ello a su vez el principio de igualdad de las partes. En este sentido, la afectación de la defensa constituye una clara manifestación autoritaria porque impide que los defensores desempeñen sus funciones de defensa del menor infractor en la tercera etapa procesal, denominada “De la instrucción a la resolución definitiva”, y en la cuarta etapa procesal, denominada “De la resolución definitiva a la conclusión del tratamiento” de acuerdo con el artículo 32, fracción III, de la LTMI<sup>1188</sup>.

Con el objeto de que el principio al derecho de defensa sea debidamente garantizado y observado debe tomarse en consideración que: 1) el menor infractor tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta en tanto el Estado no demuestre su culpabilidad; 2) el menor, presunto infractor de haber cometido una infracción de naturaleza penal, debe gozar de todas las garantías previstas en el artículo 20 Constitucional, cuya regulación legislativa debe hacerse tomando en cuenta el interés superior del menor; 3) el derecho a la defensa del menor entraña la defensa por sí mismo o a cargo de una persona de su confianza, de un Defensor particular de su confianza, de sus padres o tutores, y supletoriamente de un Defensor de oficio cuando el menor no haya designado un Abogado Particular.

## **2.2. Obligaciones incoherentes atribuidas en la práctica a la defensa particular**

Otro aspecto preocupante es que cuando se determina la sujeción del menor a procedimiento, situación que situamos en la segunda etapa procesal, denominada “De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial”, y éste ha designado para su defensa a un Abogado particular, en la práctica el Consejo de Menores suele dejar al menor bajo la guarda y custodia de dicho Defensor, sin importar que existan los padres o tutores, lo cual resulta aberrante, ya que el Abogado Defensor únicamente está obligado a llevar la

---

<sup>1188</sup> Cfr. **CORONADO FRANCO y RIOS ESPINOSA**, *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña...*, op. cit., págs. 60-61.

defensa y brindar su asistencia legal, más no a hacerse cargo del menor, por lo que se considera necesario reformar la LTMI en el sentido de fijar la responsabilidad del Abogado Defensor particular solamente en cuanto a la prestación de sus servicios profesionales, dejando que los padres ejerciten plenamente sus obligaciones y derechos<sup>1189</sup>.

Esta situación también nos lleva a preguntarnos porqué ese supuesto no se presenta cuando el menor es defendido por un Abogado Defensor de oficio<sup>1190</sup>.

### **2.3. Exceso de límite de tiempo para la determinación de la situación jurídica del menor infractor**

Este supuesto lo encontramos en la segunda etapa procesal, llamada “De la determinación del Comisionado hasta la resolución inicial”. En efecto, el artículo 20 de la LTMI establece que se resolverá la situación jurídica del menor dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, o si se ha solicitado ampliación del mismo, dentro de las siguientes cuarenta y ocho, y el artículo 36, fracción IX, de la LTMI dice que la resolución inicial por la que se determina la situación jurídica debe dictarse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que el menor haya sido puesto a disposición del Consejero, plazo que puede ampliarse por otras cuarenta y ocho horas, por lo que ambos artículos están en contraposición con lo establecido por el artículo 19 Constitucional que regula que ninguna detención podrá exceder del término de tres días, esto es setenta y dos horas como máximo.

---

<sup>1189</sup> Cfr. **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R;** *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*, op. cit., págs. 39-40. Y es que muchas veces las autoridades encargadas de administrar la justicia de menores son de la creencia de que el menor se encuentra en el supuesto de anormalidad psicológica provocado en su mayoría por la disfunción familiar, con lo que se criminaliza no sólo al menor sino también a su entorno sociofamiliar, lo que lleva a que muchos Consejeros Unitarios prohíban que los padres o tutores se encuentren presentes en el desahogo de diligencias, e incluso prefieren dejarlos bajo la guarda y custodia del Abogado Defensor particular que de ellos mismos.

<sup>1190</sup> Autores españoles consideran que la defensa de oficio se acerca más a ese colaborador necesario de la función jurisdiccional del Estatuto General de la Abogacía, que suele mostrar más sensibilidad hacia el fin sancionador-educativo de la Ley, que el Letrado de confianza, empecinado muchas veces en una defensa desresponsabilizadora y antipedagógica para el menor. Cfr. **FIERRO GÓMEZ**, “La instrucción. Diligencias de instrucción. En especial, determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación...”, op. cit., pág. 410.

Como se puede observar, la LTMI está concediendo plazos a las autoridades encargadas de administrar la justicia de menores infractores que exceden los términos fijados por nuestra Constitución Política, ya que se están dando hasta dos plazos de cuarenta y ocho cada uno con lo cual se rebasa el término máximo establecido que es de setenta y dos horas, considerándose con ello que la Ley que nos ocupa es violatoria del artículo 19 Constitucional<sup>1191</sup>.

#### **2.4. El tiempo insuficiente para la formulación de alegatos en el procedimiento**

Este supuesto lo observamos en la tercera etapa procesal denominada “De la instrucción a la resolución definitiva”. El artículo 34 de la LTMI dispone que una vez desahogadas todas las pruebas, formulados los alegatos y recibido el dictamen técnico, queda cerrada la instrucción. Para esto los alegatos deben formularse por escrito, y sin perjuicio de ello se concede a cada parte, por una sola vez, media hora para exponerlos de manera oral; situación que presenta otro problema de orden práctico, ya que, si de acuerdo con la Ley, existe la posibilidad de formular alegatos verbalmente en la audiencia única o en su continuación, es insuficiente media hora para exponerlos, dado que se requiere de un lapso mayor de tiempo para hacer los razonamientos lógico-jurídicos que implican la elaboración de tales alegatos. Por otro lado, si procediera la forma escrita, la posibilidad de formular los alegatos debidamente sustentados es prácticamente imposible, ya que no existe el tiempo necesario para ello, toda vez que tienen que ser escritos inmediatamente después del desahogo de la última prueba, cuestión que en treinta minutos no es factible elaborar<sup>1192</sup>.

En ese sentido debe hacerse notar que los lineamientos seguidos por la LTMI se alejan de las garantías procesales existentes en los juicios del orden criminal instruido para los adultos, en vista de que los procesados cuentan con quince días para formular las conclusiones correspondientes, al igual que la representación social, por lo que se considera

---

<sup>1191</sup> **HERRERA ORTÍZ**, “Los menores infractores en la Ley penal (Segunda Parte)...”, op. cit., pág. 36.

<sup>1192</sup> Cfr. **ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R**; *Consejo de Menores, estructura y procedimiento...*; op. cit., págs. 49-50.



que en las condiciones actuales no es factible la formulación de los alegatos debidamente sustentados<sup>1193</sup>.

Por ello es necesario establecer en la LTMI un término posterior a la finalización del desahogo de pruebas para formular alegatos en forma escrita, cuestión que puede ser potestativa para las partes.

---

<sup>1193</sup> Ibidem; op. cit., pág. 50.

## CONCLUSIONES

1. El objeto de este trabajo de Tesis Doctoral se encausa a determinar si, en España, el proceso penal instaurado en casos de menores infractores, conforme a la regulación del mismo, consta en efecto del reconocimiento de todas las garantías procesales de las que se hace alarde, percatándonos al respecto que hay, entre otras, algunas disposiciones que ponen en peligro las mismas por atribuir ciertas facultades al Ministerio Fiscal -órgano instructor- y omitir la valoración de derechos para el adecuado ejercicio de defensa a través del Letrado Defensor. Asimismo, se entiende que en el procedimiento que se instaura a los menores infractores en México, a pesar de que la LTMI ha significado un avance importante en materia de menores infractores, especialmente por la descripción metodológica del procedimiento y por la proclamación del respeto de los derechos humanos

y fundamentales contemplados en las garantías procesales, siguen existiendo disposiciones que no van acorde con el conjunto de normas, principios rectores, fundamentales y directrices que conforman la doctrina de la protección integral internacional del menor, lo cual conlleva a la necesidad de una reforma nacional en dichos aspectos.

2. La cabal comprensión sobre cómo se organiza la administración de justicia en un determinado país es difícil obtenerse si se prescinde del análisis de su proceso de formación histórica y de los contextos constitucionales en la que aquélla se inserta. Con relación al proceso instaurado en contra de los menores a lo largo de la historia, éste ha sido similar al ejecutado en contra de los adultos y, excepcionalmente, sólo los menores tenían algún tipo de exención, siendo de esa forma tratados de modo diferente al adulto sólo en lo que concernía a la penalidad que se les aplicaba, la cual era impuesta por el Monarca o por los designados por él mismo, como pudieran ser los jueces o algunas figuras que aludimos como antecedentes del Ministerio Fiscal o Público.

3. En España, el tratamiento de los menores infractores con relación a la responsabilidad y penalidad de que eran objeto los adultos, sólo se diferenciaba por las edades y su atenuación en la pena, pero respecto al proceso al que se les sometía, éste llegó a ser el mismo hasta en la época de la Inquisición. A pesar de la creación de los Tribunales Tutelares para Menores (1918), con los que se supone deberían recibir un trato especializado, a los tribunales no les importaban las reglas procesales ya vigentes, amén de que los actos judiciales carecían de toda solemnidad, privándoseles de la figura de un órgano acusador o instructor como el Ministerio Fiscal o en su caso Juez de Instrucción, o bien de ser asistidos por Letrado Defensor, ya que se consideraba innecesario pues el tribunal actuaba en defensa e interés del menor; además de que se sometía a la jurisdicción de dichos tribunales a menores que sin haber cometido falta o delito, éstos se encontraban en situación de desamparo u otras. De esa manera dichos tribunales realizaban a su vez funciones de corrección, protección y enjuiciamiento. En efecto, aún en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, se le da a la figura del Juez un carácter paternalista-protector, al igual que es quien inicia, investiga y decide los asuntos (situación

un tanto inquisitiva), lo cual se considera con el tiempo perjudicial para el menor, amén de que se relacionaba al menor delincuente con el abandonado y desamparado, existiendo una confusión entre los aspectos de reforma y protección en el momento de la aplicación de tal Ley, criminalizándose así situaciones en las que el menor más que ser agresor era víctima, siendo un claro atentado a las garantías procesales. Esta legislación aún no contempla la participación del Ministerio Fiscal, sin embargo, es importante referirla, toda vez que de ella partirá por las deficiencias observadas en la práctica, la necesidad de la regulación de dicha figura en los procesos de menores.

4. El tratamiento de los menores infractores en México, en un principio, consistió en que si un menor infringía los códigos penales, sólo se consideraba la posibilidad de aplicársele una pena menor de la que recibiría si fuera mayor de edad. En cuanto al Ministerio Público, sus primeras intervenciones en materia de menores infractores las observamos en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común del Distrito Federal de 1920; sin embargo, con la creación de tribunales e instituciones especiales para el tratamiento de los menores infractores, se propició que éstos quedaran fuera de los tribunales que juzgaban a los adultos, siendo sustraídos a finales de la década de los veinte del derecho penal para incorporarlos al derecho tutelar, omitiéndose contemplar la figura del Ministerio Público o de otra similar, ya que por ser el objetivo del derecho tutelar la protección del menor, no se requeriría de más instituciones que la del Consejero para realizar las diligencias necesarias en su beneficio.

5. El reconocimiento y expansión de los derechos humanos se cimientan en el supuesto de que todos los seres humanos son titulares de estos derechos, no haciéndose distinción de raza, sexo, religión, ni mucho menos por "*minoría de edad*". Pese a ello y debido a las violaciones reiteradas que se daban en la práctica de los asuntos de menores y sus derechos, y por las especificidades propias de su condición, se vió la necesidad de que se emitieran normas, principios y directrices particulares sobre los derechos de los menores -en especial sobre la legislación penal de los menores-, creándose cuerpos legales de carácter fundamental como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales permitieron

sentar una serie de principios axiológicos fundamentales para la protección de los derechos humanos de este grupo tan vulnerable, y que forman parte del sistema jurídico tanto de España como de México.

6. A su vez los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las Constituciones estatales y son inherentes a la dignidad de toda persona. En el caso de los menores infractores en España, es el Ministerio Fiscal el encargado de la defensa de sus derechos fundamentales, interviniendo con un doble título al ser defensor de los derechos de todos los ciudadanos y al estar encargado, en especial, de cuidar por el funcionamiento eficaz de los mecanismos de protección de menores. En el caso de los menores infractores en México, el Comisionado y el Ministerio Público -cuando se vea involucrado en asuntos de menores-, deben procurar, cumplir y garantizar, el irrestricto respeto a los derechos constitucionales y tratados internacionales.

7. La primera intervención del Ministerio Fiscal regulada de manera expresa en materia de menores infractores en España, la encontramos en la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento ante los Juzgados de Menores de 1992, en la que se separan las funciones de instruir y juzgar, siendo a partir de ese momento el Ministerio Fiscal el encargado de instruir, recibir las denuncias y, con base en el principio de oportunidad no reglado, decidir la procedencia, o no, de la incoación del expediente; dirigir la investigación de los hechos; impulsar el procedimiento; acordar la práctica de pruebas que considerara oportunas; solicitar al Juez las medidas cautelares que considerara pertinentes; solicitar en cualquier momento el archivo de las actuaciones. En la actual Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal se han ampliado, amén de impulsar su posición para promover la acción de la justicia y la defensa de legalidad, procurando y vigilando el respeto de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos, inspeccionando las actuaciones que deban efectuarse en su interés, y vigilar la observancia de las garantías del procedimiento. Debe recalcar que el hecho de que sea un órgano distinto al Juez de menores el encargado de instruir el proceso se hizo con la finalidad de preservar y

garantizar la imparcialidad de aquel, aunque también descansa dicha competencia instructora en la doble condición que ostenta el Ministerio Fiscal, de institución que constitucionalmente tiene encomendada, por un lado, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y de otro, defender los derechos de los menores. Sin embargo, el papel que desempeña el Ministerio Fiscal en el proceso de menores, lejos de estar claramente definido se puede decir que viene precedido de una cierta ambigüedad, por lo que somos de la idea de que si se busca una autoridad que proteja y vele por que se procure el interés superior del menor, respetándose todas las garantías procesales a las que tiene derecho, no es adecuado que sea el Ministerio Fiscal, en virtud de que sus funciones se enfocan más a la de acusación que a la defensa de los derechos de los menores, amén de que al atribuir al Ministerio Fiscal la instrucción se considera que no es una de las concreciones que mejor pueden hacer realidad la obligación de éste de proteger y defender a los menores.

**8.** En México, en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores infractores del Distrito Federal de 1974, no se regula la representatividad social del Ministerio Público en el procedimiento incoado ante el Consejo Tutelar, en vista de que al considerarse los menores como inimputables no puede sostenerse una acusación en contra de los mismos, existiendo sólo la figura del Promotor quien actúa en ausencia del Ministerio Público, velando por el apego de la Ley y por hacer efectiva toda medida de recuperación social del menor. El Promotor haría las veces de Ministerio Público y Defensor, reuniendo dos funciones al mismo tiempo. En la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1991, aparecen por primera vez el Comisionado y el Defensor, órganos diferentes e independientes, regulándose incluso la intervención del Ministerio Público en determinados actos. La creación el Comisionado se consideró indispensable para cubrir el pernicioso vacío legal que en materia de protección existía, debido a la ausencia de un órgano facultado para excitar en representación de la sociedad -cuando procediese- al órgano encargado de pronunciarse sobre la ilicitud de los hechos y sobre la responsabilidad de los menores. Con la figura del Comisionado se estructuraría un proceso equilibrado, atendiendo a que éste

participa en la investigación de las infracciones, substanciación e investigación del proceso. A su vez tiene a cargo la protección de los derechos e intereses de la sociedad, así como de particulares afectados por la comisión de conductas tipificadas por leyes penales, teniendo la obligación de dar la asesoría jurídica regulada en el artículo 20 Constitucional.

**9.** Respecto a los menores infractores y la defensa, en un principio no gozaban de las garantías procesales relacionadas con el derecho de defensa, y por lo tanto no tenían prevista la asistencia de Letrado o Abogado para que les defendiera, por lo que se tuvo que ir modificando y adecuando la intervención y participación de éste de acuerdo con lo previsto en los cuerpos legales, para que existiera concordancia jurídica entre las garantías procesales en general y las referentes a los menores.

**10.** En España, en los procedimientos instaurados en contra de los menores, la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento ante los Juzgados de Menores de 1992 contempló por primera vez la asistencia obligatoria del Letrado Defensor respecto al menor, aunque su participación fue restringida, originándose con ello que el sistema de garantías pretendido no fuera completo, toda vez que el menor no se encontraba asistido por Letrado Defensor desde el primer momento, y sólo lo estaba en los casos de detención y adopción de medidas cautelares, además de que en el acto de comparecer ante el Juez para rendir su declaración, la presencia del Letrado Defensor no era obligatoria. Para subsanar estas deficiencias, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, se le otorga al Letrado Defensor gran reconocimiento respecto a su intervención, y se expresa que tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente -a excepción de los casos marcados por la Ley-, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida.

**11.** En México, en la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal de 1974, podemos referir en cierta forma como primer antecedente legislativo del

Abogado Defensor al Promotor, por ser un funcionario encargado de velar porque se sigan los lineamientos normativos regulados por la materia, representando al menor ante los padres y autoridades tutelares, encontrándose presente en la sustanciación de la causa seguida por el Consejero Instructor. A pesar de semejanzas del Promotor con la del Abogado Defensor, esta figura se asemeja más a la de un Ministerio Público, lo que le llevó a la crítica, amén de que el Promotor tenía las funciones de ambas instituciones, que se consideran incompatibles entre sí. La falta de una institución por demás importante como la del Abogado Defensor que representara y defendiera realmente al menor infractor, vulneraba gravemente sus garantías constitucionales, haciéndose necesario la regulación de una mejor impartición de justicia, creándose la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1991, que traería a colación instituciones innovadoras que las legislaciones anteriormente referidas no habían previsto, entre ellas la del Abogado Defensor, estando dicho Defensor obligado a realizar la defensa de los intereses del menor y la de sus derechos, ante el Consejo.

**12.** Las actuaciones tanto del Ministerio Fiscal en España, Comisionado y Ministerio Público en México, y Letrado Defensor en ambos países, se encuentran basadas en principios básicos rectores. Al mismo tiempo, y a efecto de que el procedimiento instaurado en caso de menores infractores sea justo, deben procurarse el respeto a los principios del interés superior del menor, legalidad y, en su caso, oportunidad, intervención mínima, acusatorio, proporcionalidad, oralidad, contradicción, inmediatez, tipicidad, libre valoración de la prueba, presunción de inocencia, celeridad, derecho de defensa, igualdad, publicidad, debido proceso; lo que llevaría al verdadero reconocimiento y procuración de los derechos fundamentales.

**13.** En las fases del proceso penal instaurado en España cuando se trata de menores, se observan conflictos en la actuación procesal del Ministerio Fiscal, los cuales desembocan en contradicciones, confusiones, omisiones y falta de claridad, en virtud de la forma en que se encuentra regulada la misma por la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad



Penal de los Menores. Estos problemas se presentan en los supuestos de su actuación como asistente del menor al momento de rendir su declaración; la facultad para recibir, o no, la declaración del menor; la remisión de los asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores; la solicitud de aplicación de medidas terapéuticas en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad; la falta de petición de apertura de audiencia; el quebrantamiento de la ejecución de medida no privativa de libertad, y la petición de sustitución por otra de internamiento en centro semiabierto.

**14.** Por su parte la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal en México, ha significado un avance importante en materia de menores infractores, especialmente por la descripción metodológica del procedimiento, y por la proclamación del respeto de los derechos humanos y fundamentales contemplados en las garantías procesales. Pero aunque dicha Ley reconoce ciertas garantías procesales a los menores, en la práctica se les despoja de ellas en vista de diversas actuaciones como son la elaboración del diagnóstico biopsicosocial como diligencia inoportuna en la determinación de la resolución inicial; las situaciones criticables observadas en la aplicación de medidas a los menores infractores y su procedimiento; la intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores; la naturaleza y atribuciones otorgadas al Consejo de Menores causantes de problemas en actos de carácter jurisdiccional; o la falta de normativa para brindar la asistencia social a menores de once años de edad.

**15.** Con relación a la intervención del Letrado Defensor en España, siguiendo lo regulado por la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, también se observan omisiones, confusiones y falta de claridad en sus actuaciones, que atentan contra los principios reconocidos en todo proceso penal, y aunque algunos ya han sido subsanados con la modificación de la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre (como lo es su nombramiento, que antes era realizado por el Secretario del Juzgado al incoarse el expediente; o la falta de regulación expresa de su participación en asuntos de cumplimiento

de mayoría de edad del menor aún condenado; o el quebrantamiento de ejecución de medidas por parte del menor), siguen observándose problemas en los casos de su actuación como Defensor del menor presentado ante la Policía o Fiscalía; el desacuerdo con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal; el secreto de expediente y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor; la petición de práctica de pruebas ante el Ministerio Fiscal; la falta de regulación expresa de su participación en los casos de remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores y adopción de medidas cautelares en situaciones de exención de responsabilidad; o la declaración de sobreseimiento por conciliación o reparación del daño.

**16.** En la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal en México, también observamos aspectos conflictivos en las actuaciones del Abogado Defensor como son la falta de regulación de intervención del Abogado Defensor en diligencias trascendentales desarrolladas durante el procedimiento; obligaciones incoherentes atribuidas en la práctica a la defensa particular; el tiempo insuficiente para la formulación de alegatos en el procedimiento; o el exceso de límite de tiempo para la determinación de la situación jurídica del menor infractor.

**17.** Con relación a los aspectos conflictivos de la actuación del Ministerio Fiscal observados en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en España, se ha propuesto lo siguiente:

**A)** Respecto al supuesto de su actuación como asistente del menor al momento de rendir su declaración tenemos la presencia de un Ministerio Fiscal diferente al instructor a falta de los que ejerzan la patria potestad o tutela. Función que tendría que ejercerla en todo caso el Letrado Defensor por ser el encargado oficial de la defensa jurídica del menor. No obstante, dadas las facultades con las que cuenta la institución del Ministerio Fiscal, y en vista de que tiene la atribución de vigilar y procurar el respeto de los derechos de los menores y, aunque

a su vez, tiene las de impulsar y acusar, debe cohonestar ambas funciones para que no se vean afectados los principios procesales que se han citado.

**B)** El supuesto que entraña la facultad por parte del Ministerio Fiscal para recibir, o no, la declaración del menor, y en vista de sus atribuciones consistentes en vigilar el respeto a los derechos de los menores, velando por el interés de éstos, vigilando las actuaciones que deban efectuarse en su beneficio y la observancia de las garantías del procedimiento, lo obliga a procurar el derecho del menor de rendir su declaración, cuidando que los expedientes no se concluyan sin la misma, considerando y admitiendo todos los elementos de pruebas necesarios para su defensa, salvaguardando de esta forma el interés superior del mismo.

**C)** La remisión por parte del Ministerio Fiscal de asuntos de menores de catorce años de edad a la Entidad Pública de Protección de Menores, a efecto de que se promuevan las medidas protectoras que amerite el caso, sólo debe llevarla a cabo cuando en efecto requiera asistencia o protección dicho menor, amén de que el Ministerio Fiscal no está obligado a enviar a la Entidad Protectora todos los asuntos de menores dentro de esa edad de los cuales conozca. Asimismo, con relación a los asuntos que se decida mandar a la Entidad Pública de Protección de Menores debe exigirse que ésta remita a la autoridad instructora la notificación del resultado de lo que se haya acordado respecto del menor, sea cual sea su decisión, no procediéndose al verdadero archivo de las actuaciones hasta que dicha comunicación se haya realmente efectuado y se haya realizado su debido seguimiento.

**D)** Con relación a la solicitud de aplicación de medidas terapéuticas y cautelares en casos de existencia de causas de exención o extinción de responsabilidad, resulta ilógico que una persona, en este caso el menor, que se encuentra exenta de responsabilidad penal por las circunstancias determinadas en la Ley, se le aplique alguna de las medidas referidas por el artículo 7 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, aunque se alegue el objetivo terapéutico de las mismas. En todo caso, cuando se presenten

estas circunstancias en el menor, el Ministerio Fiscal debe optar por la protección y custodia de éste, recurriendo a otras vías de carácter civil o administrativo de acuerdo a lo establecido por los ordenamientos legales aplicables que regulan la protección de los menores, y que pueden ser aplicadas a este tipo de asuntos, toda vez que si todo lo referido está previsto en la legislación civil, no cabe aplicar la justicia penal para una cuestión que ya sería ajena a dicho ámbito.

**E)** Respecto a la petición de audiencia, debido a que en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores no se establece que el Ministerio Fiscal deba solicitar de manera expresa la apertura de la audiencia, refiriendo sólo los elementos que debe contener la remisión del expediente y los requisitos del escrito de alegaciones, sin que en ningún momento mencione que dicho funcionario debe solicitarla de esa forma, origina que sea el Juez de menores quien tenga que abrir dicha fase procesal sin que nadie se lo pida, situación que puede suponer una quiebra del principio acusatorio, toda vez que la fase preparatoria de la audiencia y en especial la decisión sobre apertura queda en manos del Juez de menores, autoridad que tiene que llevar a cabo el definitivo enjuiciamiento de los hechos. Con el fin de procurar el principio acusatorio y el de imparcialidad respecto al Juez de menores, el Ministerio Fiscal, al resolver la conclusión del expediente y remitirlo junto con los elementos marcados por la Ley al Juzgado de Menores, debe solicitar a su vez de manera expresa la apertura de la audiencia.

**F)** Por otra parte, con el objeto de procurar los principios de proporcionalidad, legalidad y acusatorio, el Ministerio Fiscal debe abstenerse de solicitar la sustitución de medida no privativa de libertad, en caso de quebrantamiento de ésta, por otra privativa de libertad, como lo es la de internamiento en centro semiabierto, ya que el hecho de cambiar la medida impuesta de libertad a otra de internamiento, significa una inoportunidad procesal dado que un internamiento en centro semiabierto cambia la libertad ambulatoria del menor por la disciplina reglada de residir, se quiera o no, en un centro en contra de su voluntad, afectando ello al derecho de libertad con una decisión que no ha reclamado juicio previo sobre el particular.

**18.** A pesar de que se considera conveniente la intervención de un órgano que se encargue de llevar a cabo, por un lado, la integración del procedimiento que se instaure a los menores infractores, como es el Comisionado, y que sea diferente al órgano que emita la resolución, en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de México, se siguen observando algunas disposiciones de naturaleza estructural, sustantivas, procesales y de ejecución, que atentan contra los derechos humanos y fundamentales de los menores, amén de omitirse la ejecución de un verdadero procedimiento especial que respete el derecho de audiencia, la presunción de inocencia, la exacta aplicación de la Ley por un autoridad competente, etc. Con relación a éstas, se ha propuesto lo siguiente:

**A)** En la resolución inicial, al determinarse que el menor sea sujeto a procedimiento, conlleva a que sea sometido a estudios para emitirse el diagnóstico biopsicosocial, y así poder establecerse qué medida debe aplicársele atendiendo las circunstancias de su caso; sin embargo, resulta inoportuno que se ordene la realización de dichos estudios sin haberse efectuado antes las diligencias necesarias para acreditar la comisión de la infracción y la participación del menor en ésta, ya que de esa manera se está dando por sentado que el menor es responsable de la comisión de la infracción que se le imputa, a pesar de que aún no se ha emitido la resolución definitiva en la que se determine dicha situación. Asimismo, la elaboración del diagnóstico entraña un acto de molestia que no está fundado ni motivado, dado que ¿cómo se puede motivar una explicación de la etiología de la conducta infractora (artículo 90 de la LTMI) respecto de alguien a quien para todos los efectos procesales se le presume aún inocente?. Por lo tanto, se debe suspender la realización de dichos estudios técnicos, para que rijan plenamente el principio de presunción de inocencia, hasta que se emita la resolución definitiva en la que se determine que al menor debe aplicársele una medida, y por ende, con base en ello, solicitar la elaboración de tales estudios, con la finalidad de conocer qué medida es la más adecuada y el tiempo de su duración, para la adaptación social del menor infractor. La disposición en crítica tiene el efecto de convertir

al menor en objeto y despojarlo de su carácter de sujeto de derechos, acorde con su calidad de persona.

**B)** Se observan también situaciones criticables en la aplicación de medidas a los menores infractores y en el desarrollo de la investigación de los hechos, resoluciones y procedimiento.

**i)** Con relación a las medidas que se le aplican a los menores infractores, las mismas suelen ser desproporcionadas, ya que a un menor que comete el delito de homicidio calificado puede aplicársele la misma medida que a un menor que comete el delito de robo con violencia, medida que incluso puede ser mayor en su duración a la que se le aplicó al menor homicida, dado que ésta puede prolongarse en el tiempo, dependiendo de su adaptación, vulnerándose de esa forma el principio de proporcionalidad de las penas al no existir criterios definidos ni parámetros para determinar las medidas que deban aplicarse a cada caso concreto, quedando ello sólo al arbitrio del Consejero. Para contrarrestar lo anterior se sugiere establecer, dentro de la Ley de menores que nos ocupa, un catálogo de conductas sancionables, con el objeto de poder superar la yuxtaposición de criterios en la aplicación de sanciones a menores, fijándose tiempos mínimos y máximos de internamiento, que no excedan claro está, del límite de cinco años actualmente previsto, dependiendo del tipo de delito cometido, ya que además se está permitiendo que el menor sea internado por un plazo indeterminado, que, efectivamente, no será mayor de cinco años, pero no se fija un tiempo exacto, hecho sumamente delicado porque estamos hablando de una medida que implica privación de la libertad. En efecto, las disposiciones relativas a la aplicación de las medidas de orientación, protección, tratamiento interno o externo, implican una multiplicidad de criterios para determinar el tipo de medida a aplicar y su duración. Por ello, si se adopta además un criterio taxativo para determinar el tipo de medida a imponer, acorde con el tipo de infracción, asumiéndose siempre el interés superior del menor como principio rector, se lograría concretar la proporcionalidad que debe existir entre las infracciones y las medidas, por lo que la Ley además debe modificarse en el sentido de que la duración de toda medida debe ser determinada por el funcionario que ejerza la

jurisdicción en caso de menores infractores, no debiendo los funcionarios de ejecución aplicar en ningún caso medidas indeterminadas, ni aún por causas de reincidencia, asistencia posterior a la medida o cualquier otra circunstancia que vulnere la seguridad jurídica del menor.

ii) Respecto al desarrollo de la investigación de los hechos, resoluciones y procedimiento, en la práctica, no se les da el mismo tratamiento que a los adultos por la comisión de hechos similares, al no estar reconociéndoseles derechos y garantías procesales de las que deben ser sujetos. Así, cuando un mayor de edad comete un delito cuya pena es alternativa o pecuniaria, no se le priva de libertad, y el Ministerio Público sólo se concreta a tomarle su declaración, claro, si es que éste desea declarar; en cambio a un menor se le priva de su libertad por orden de dicho funcionario y se le remite al Consejo Tutelar. Otro ejemplo es que cuando un adulto comete un hecho delictuoso que sólo puede perseguirse a petición de parte –querrela-, no se le detiene ni se inicia el procedimiento por la falta de tal requisito; en cambio, el menor que se encuentra en el mismo supuesto es remitido de todas formas al Consejo Tutelar y se le llega a privar hasta de la libertad. Un caso más es que si un adulto comete un delito culposo, por ejemplo algo relacionado con el tránsito de vehículos, se le permite que obtenga la libertad bajo fianza; pero al menor no se le priva de la libertad sólo si el peritaje de tránsito es favorable o existen pruebas que hagan presumir que el accidente no se originó por su culpa; pero si el peritaje no es a su favor, se le remite al Consejo Tutelar. Por lo tanto, deben aplicárseles los mismos criterios que se siguen en el caso de los adultos, respetándose todos los derechos de los que también gozan.

C) Pese a la creación de nuevas figuras encargadas de actuar en los casos de menores infractores, como son el Consejero Unitario, Comisionado, Defensor, no se evita la intervención de autoridades no especializadas en asuntos de menores infractores o la intervención de autoridades para adultos, ya que los artículos 46, 49 y 78 de la Ley que nos ocupa regulan la intervención de la policía judicial y del Ministerio Público en materia de detención de menores, lo cual trae a consecuencia que todo el sistema de justicia para menores regulado por la Ley se vuelva incongruente y contradictorio. Por lo expuesto

anteriormente, es importante reestructurar el procedimiento instaurado a los menores infractores en México, de tal forma que la indagación, actos de molestia, control de desahogo de pruebas, sean actos exclusivos de autoridades especializadas en atención de asuntos de menores, que provengan de autoridad competente, y que sea diferente la autoridad que instruye de la que emita la resolución final en el procedimiento, replanteándose reglas que no permitan a un funcionario de acusación, como es el Ministerio Público, participar en el procedimiento investigando o desahogando pruebas. En efecto, la existencia de autoridades propias de menores deriva de criterios internacionales y de la naturaleza misma del sistema, por lo que la imposición de las medidas, así como la expedición de toda orden de aprehensión y demás actos de molestia que con causa legal se infieran a los menores, deben ser propios y exclusivos de la autoridad judicial para menores.

**D)** El actual sistema de justicia en los casos de menores infractores afecta al principio de legalidad, ya que en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores se atribuye a un órgano del Poder Ejecutivo, que es el Consejo de Menores, la función de aplicar la Ley al caso concreto, trayendo ello como consecuencia que en el Poder Ejecutivo a su vez se concentre la facultad de acusar y juzgar a los menores infractores, pensándose que la naturaleza y atribuciones de dicho órgano no permiten considerar sus actos como jurisdiccionales, aunque de hecho asuman esa consideración. Por ello se considera que las resoluciones que emite este órgano carecen de sustento constitucional, en virtud de que de acuerdo con el artículo 21 Constitucional se establece que corresponde exclusivamente a la autoridad judicial la imposición de penas, no siendo válido justificar dicha intervención con el argumento de que las autoridades que se encargan de administrar justicia en materia de menores infractores, y que en este caso son los Consejos de Menores, lo que imponen son medidas y no penas. Una opción a considerarse es establecer un tribunal, investido de jurisdicción, para menores infractores, el cual podría instaurarse como autónomo e independiente, de conformidad con el artículo 17 Constitucional, o bien, crearse como un tribunal especializado, integrante del Poder Judicial.



**E)** En la práctica se sufre de carencia de un marco normativo e institucional que, sin confiscar los derechos, brinde la atención de asistencia social que requieren los menores sujetos a la misma. En efecto, se les coloca frente a una multitud de obstáculos y restricciones que limitan o nulifican sus derechos. Aunado a lo anterior, hay funcionarios públicos encargados de administrar justicia, que ignoran que trámite seguir ante los asuntos de menores de once años de edad que se ven involucrados en la comisión de alguna infracción, debido a falta de preparación y criterio, amén de que se adolece de un sistema de justicia juvenil claro y adecuado en lo relacionado a estos menores y la asistencia social, desembocando dichas actuaciones en violación de los derechos procesales de los menores y de lo estipulado en ordenamientos de carácter internacional. Es de observarse que en la Ley que regula la conducta de menores infractores en México no se establece la exigencia de seguir un procedimiento en el que objetivamente se establezca la necesidad de la asistencia, y que ello se realice cuidando las garantías y derechos fundamentales del menor, lo cual debería regularse atendiendo a los postulados internacionales en materia de menores.

**19.** Con relación a los aspectos conflictivos de la intervención del Letrado Defensor regulada en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores en España, se considera lo siguiente:

**A)** El menor debe tener en todo momento derecho a la asistencia de Letrado Defensor, incluyendo cuando se presente ante la Fiscalía o Policía para cualquier diligencia de investigación, así como en los casos en que sea detenido, y a pesar de que aún no se le haya designado Letrado Defensor por no haberse incoado el expediente. Por su parte el Letrado Defensor tendrá derecho a conocer en su totalidad el expediente (salvo cuando se decrete el secreto del mismo), incluso antes de la misma incoación, pudiendo realizar todas las actuaciones necesarias, con el afán de salvaguardar el derecho de defensa y el principio de contradicción.

**B)** A pesar de que la designación de Letrado Defensor conforme a la LORRPEME sea a partir de la incoación del expediente, requerida actualmente por el Ministerio Fiscal, ello no

imposibilita al menor para que cuente con Letrado Defensor y ejerza el derecho de defensa en todas las fases del proceso.

**C)** Respecto a la falta de regulación expresa de la actuación del Letrado Defensor en la LORRPEME en los supuestos de remisión de asuntos de menores de catorce años a la Entidad Pública de Protección de Menores; de declaración de sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación del daño; o de adopción de medidas cautelares en casos de exención de responsabilidad, de acuerdo a lo proclamado por la misma Ley en su Exposición de Motivos, el Letrado Defensor puede tener participación en todas y cada una de las fases del proceso, pudiendo proponer pruebas e intervenir en los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, a pesar de que su participación no se contemple. Derechos que deben ser reconocidos por las autoridades correspondientes con el afán de salvaguardar los principios procesales del derecho de defensa, contradicción, igualdad, oralidad y presunción de inocencia.

**D)** El Letrado Defensor tiene derecho a proponer todos los medios de prueba que considere necesarios para ejercer la defensa del menor, incluyendo la declaración de éste, y el Ministerio Fiscal debe recibirla, observando que no se concluyan los expedientes si no se encuentra integrada la misma. En caso de violación del derecho de defensa por parte del Fiscal, el Juez de menores puede en su defecto ordenar la subsanación de lo omitido, desahogando las diligencias respectivas por él mismo, decretar el sobreseimiento del expediente, o no imponer medida alguna al menor. Son decisiones que puede tomar por estar impedido para decretar la nulidad de los acuerdos del Ministerio Fiscal.

**E)** Con el fin de salvaguardar el principio del derecho de defensa, debe procurarse la continuación de la audiencia cuando el Letrado Defensor se encuentre en desacuerdo con la conformidad del menor respecto a la imposición de la medida propuesta por el Ministerio Fiscal, ya que dicho Defensor es el encargado directo en ese momento de velar por los derechos del menor y obtener la decisión menos gravosa para éste, no debiéndose olvidar que la conformidad exige un alto grado de conciencia y voluntad en el sujeto que hace uso

de dicha facultad procesal, puesto que implica la renuncia al derecho fundamental de defensa y la imposición al acusado de una sanción punitiva sin contradicción alguna.

F) En relación con el secreto del expediente y el conocimiento íntegro del mismo por parte del Letrado Defensor, las autoridades correspondientes deben de valorar el tiempo prudente para decretarlo, considerando lo establecido por la Ley supletoria de la materia, a efecto de que el Defensor tenga oportunidad para realizar las diligencias de defensa correspondientes.

**20.** En cuanto a los aspectos conflictivos de la intervención del Abogado Defensor regulada en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de México, se considera lo siguiente:

A) La Ley que nos ocupa omite especificar de manera expresa la intervención del Abogado Defensor en diligencias trascendentales desarrolladas durante el procedimiento como lo es cuando el menor se encuentre ante la presencia del Ministerio Público, ya que éste, de conformidad con la Ley, puede realizar actuaciones en los casos de menores infractores, y en el procedimiento paralelo para obtener el dictamen técnico, en vista de que la naturaleza presumiblemente científico-verificativa y no argumentativa-persuasiva del resultado de tales estudios permite justificar la exclusión sistemática del Abogado Defensor en las sesiones del Consejo Técnico; lo cual atenta sistemáticamente contra el derecho a la no autoincriminación que propician las declaraciones de los menores antes de que éstos sean asistidos por el Abogado Defensor. Por lo que con el objeto de que el principio al derecho de defensa sea debidamente garantizado y observado, debe tomarse en consideración: que el menor infractor tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto el Estado no demuestre su culpabilidad; si el menor infractor ha cometido una infracción de naturaleza penal, debe gozar de todas las garantías previstas en el artículo 20 Constitucional, cuya regulación legislativa debe hacerse tomando en cuenta el interés superior del menor; el derecho a la defensa del menor entraña la defensa por sí mismo o a cargo de una persona de su confianza, de un Defensor particular de su confianza, de sus padres o tutores, y

supletoriamente de un Defensor de oficio cuando el menor no haya designado un Abogado Particular, contemplándose el derecho de defensa no sólo en las declaraciones rendidas ante el Comisionado y el Consejero Unitario, sino también en todas las fases que integran de algún modo el procedimiento.

**B)** En la práctica, el Consejo de Menores, si el menor ha designado para su defensa a un Abogado particular, suele dejarlo bajo la guarda y custodia de dicho Defensor, sin importar que existan los padres o tutores, lo cual resulta criticable, ya que el Abogado Defensor únicamente está obligado a llevar la defensa y brindar su asistencia legal, más no a hacerse cargo del menor. En virtud de ello, se considera necesario reformar la Ley de menores en el sentido de fijar la responsabilidad del Abogado Defensor particular, solamente en cuanto a la prestación de sus servicios profesionales, dejando que los padres ejerciten plenamente sus obligaciones y derechos.

**C)** En el procedimiento en casos de menores infractores en México, los alegatos deben formularse por escrito y, sin perjuicio de ello, se concede a cada parte por una sola vez, media hora para exponerlos de manera oral; situación que presenta otro problema de orden práctico, ya que, si de acuerdo con la Ley existe la posibilidad de formular alegatos verbalmente en la audiencia única o en su continuación, en muchas ocasiones es insuficiente media hora para exponerlos, dado que con frecuencia se requiere de un lapso mayor de tiempo para hacer los razonamientos lógico-jurídicos que implican la elaboración de tales alegatos. Por otro lado, si procediera la forma escrita, la posibilidad de formular los alegatos debidamente sustentados sería prácticamente imposible, en vista de que no existe el tiempo suficiente para ello, toda vez que tendrían que ser escritos inmediatamente después del desahogo de la última prueba, y en treinta minutos no es factible elaborarse. Se debe hacer notar que en los juicios del orden criminal instruido para los adultos los procesados cuentan con quince días para formular las conclusiones correspondientes, al igual que la representación social, situación que no ocurre así en el procedimiento de los menores infractores, considerándose que en esas condiciones no es factible la formulación de alegatos debidamente sustentados. Por ello, es necesario establecer en la Ley que

tratamos un término posterior a la finalización del desahogo de pruebas para formular alegatos en forma escrita dentro un plazo adecuado, cuestión que podría ser potestativa para las partes.

**D)** La Ley que nos ocupa concede, a las autoridades encargadas de administrar justicia en materia de menores infractores, plazos que exceden los términos fijados por la Constitución Política, al estar disponiendo hasta dos plazos de cuarenta y ocho horas cada uno para resolver la situación jurídica del menor, con lo cual se rebasa el término máximo establecido que es de setenta y dos horas, dado que los dos plazos concedidos hacen un total de noventa y seis horas, considerándose ello violatorio del artículo 19 Constitucional.

**21.** En España, en el caso de menores infractores, a pesar de que el Ministerio Fiscal tenga dentro de sus facultades tanto las de defender como las de acusar, consideramos que esta institución, en vista de la regulación de su actuar en la LORRPEME, se inclina más a ser un órgano acusador que defensor. Y es que esta doble función difícilmente puede resultar conciliable, pues de un lado se le otorga exclusivamente el ejercicio de la acción penal, por lo que cuando proceda será necesariamente parte activa del proceso y, de otro, no deja de ostentar su función de garante de los derechos de los menores, aspecto que le va a colocar en ocasiones en una difícil posición. En efecto, es bastante complicada la función que el artículo 6 de la LORRPEME le atribuye de vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en interés del menor, y la observancia de las garantías del procedimiento, ya que no es el órgano de acusación -y además en régimen de monopolio-, el adecuado para velar por la observancia de las garantías del procedimiento. Para eso están los jueces. El Ministerio Fiscal es más parte acusadora y como tal no debería defender los intereses del menor. El menor tiene derecho a la defensa y ésta, indudablemente desde el punto de vista técnico, está encomendada al Letrado Defensor, por lo que se debe dejar al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal y que como parte actúe en el proceso realizando los actos necesarios a tal fin, sin atribuirle la defensa de los intereses del menor contra el que se dirige, porque en cuanto a los intereses de éste ya están velados por sus padres o tutores, y en el ámbito de las garantías procesales por el Letrado Defensor, y en caso de discrepancia

entre dicho Defensor y Ministerio Fiscal por el Juez. Así pues, la tarea del Ministerio Fiscal se muestra más compleja que la del Juez de menores, amén de que personifica el dilema del derecho penal moderno, atender a la vez que ponderar y equilibrar el fin de defensa social y el fin resocializador, esperándose en conclusión del Ministerio Fiscal que propugne el máximo de resocialización y el mínimo de defensa social necesaria, tratándose del ámbito de menores.

**22.** La defensa en la fase de instrucción y actuaciones previas a la misma se encuentra muy limitada, amén de que en ella no hay dos partes procesales que, con igualdad de derechos y deberes, comparezcan ante un tercero imparcial en defensa de sus respectivas y enfrentadas pretensiones, sino más bien hay un órgano público que investiga en solitario la comisión de un hecho punible, a los únicos efectos de poder valorar en primer término y justificar después, ante los tribunales de justicia, la necesidad o conveniencia de ejercitar la acción penal contra el menor probable autor de una infracción delictiva. Asimismo, la LORRPEME ofrece apoyos a la tesis de un proceso que no se basa en el principio de contradicción, sino en la cooperación entre los diferentes actores. Ello lo demuestra el hecho de que también al Ministerio Fiscal se le atribuye la defensa de los derechos del menor, con lo que se pone de relieve que en la justicia de menores no se actúa sobre la base de dos partes contrapuestas, y como ejemplo se puede referir que el artículo 7.3 de la Ley citada, al ocuparse de los criterios a tener en cuenta de cara a la elección de las medidas, los dirige no sólo al Ministerio Fiscal y al Juez de Menores, sino también al Letrado Defensor, lo que parece dar a entender que dicho Defensor, cuando las circunstancias así lo exijan, está obligado a colaborar y a solicitar la medida más adecuada. Dicha posición parece coherente con la idea de que la finalidad primordial de la LORRPEME es la educación del menor y, en consecuencia, se trata de intervenir para asegurar el interés de éste, siendo desde ese punto de vista rechazable la actuación de un Letrado Defensor que no sólo no colabora, sino que se opone a cualquier intervención, pues ésto sería perjudicial para el menor. Por ello no es de extrañar que la figura del Letrado Defensor se considere en cierta forma como un factor perturbador en el proceso de menores o como un riesgo pedagógico. La defensa del menor debiera ser una defensa activa y plenamente efectiva, lo cual se está

impidiendo al negar dicha Ley la efectividad del derecho de defensa, lo que puede acarrear en la práctica graves vulneraciones constitucionales, como por ejemplo es el caso en el que el Letrado Defensor depende de la decisión del Ministerio Fiscal para la práctica de pruebas, es decir, que se permita la práctica de una diligencia exculpatoria (teniendo la obligación el Ministerio Fiscal de realizar todas las diligencias inculpatorias que existan). Si se observa bien, con ello la actividad inculpatoria se realizará sin límites, mientras que la exculpatoria tendrá carácter restrictivo, lo cual atenta contra el principio de igualdad de armas realizadas en su caso en la fase de investigación. En tal virtud debe centrarse la atención en la intervención del Letrado Defensor y reconocerse más aún la importancia de esta figura, en la que desde un principio su función se ha enfocado a la defensa de los derechos del inculpado.

## BIBLIOGRAFÍA

ABAITUA GUZMÁN, “Breve estudio del sistema de Abogacía, judicatura y algunos conceptos históricos del mundo jurídico anglosajón”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, No. 12, 1998.

ABEL SOUTO, “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizada por la Ley penal del menor”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, No. XXIV, 2002-2003, 2004.

ABEL SOUTO, BRANDARIZ GARCÍA, CAMPOS CRISTÓBAL, GORRÍZ ROYO, FARALDO CABANA, FERRER BARQUERO, GIL GIL, GUINARTE CABADA, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, RAMÓN RIBAS, “La reforma de 25 de noviembre de 2003 en materia de principio acusatorio y la proporcionalidad garantizadas por la Ley penal del menor”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, No. XXIV, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

ADATO DE IBARRA, V., “Derecho procesal de menores y la Constitución”, en *Derechos de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990.

AGUILAR y MAYA, “Dignidad y funciones del Ministerio Público Federal”, *Revista de Derecho Penal*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, Abril-Mayo, 1942.



AGUILERA MORALES, “Algunos apuntes acerca de la conformidad en el procedimiento previsto en el anteproyecto de la Ley Orgánica Penal Juvenil y del Menor, de 27 de abril de 1995”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 5, 1996.

AGUIRRE ZAMORANO, “Las medidas (Título segundo, artículos 7, 13, 14 y 15), justicia de menores: Una justicia mayor”. *Comentarios a la ley reguladora de la responsabilidad de menores*. Madrid. s/f

ALAMILLO CANILLAS, F., *El Ministerio Fiscal español (Su organización y funcionamiento)*, Editorial Colex, Madrid, 1990.

ALBACAR LÓPEZ, “La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en *La Ley* No. 4, 1984.

ALBO y MARTÍ, *Los tribunales para niños. El tribunal para niños de Barcelona y su actuación en el primer semestre de funcionamiento*, Talleres Tipográficos de la Hormiga de Oro, Barcelona, 1922.

ALBRECHT, P, *Jugendstrafrecht*.

ALONSO DE ESCAMILLA, “La minoría de edad penal”, en *Ley Penal*, No. 18, Año II, Estudios Monográficos Derecho Penal de Menores, La Ley, Julio-Agosto 2005.

ALONSO GONZÁLEZ, “Jornadas de especialización en derecho penal de menores. Los jóvenes de entre 18 y 21. Supuestos de extrema gravedad”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

ALONSO PÉREZ, “Intervención del Abogado ante la policía judicial”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1996.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., “El enjuiciamiento penal de los menores”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ALZAGA VILLAAMIL, “La prohibición de indefensión. El derecho a la defensa”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 17, Madrid, 2001.

ANDRÉS IBAÑEZ, “Garantías judiciales de derechos humanos”, en *Claves de la Razón Práctica*, No. 90, 1999.

- “Sobre el valor de la intermediación (Una aproximación crítica)”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 46, Madrid, 2003.

ANDRÉS IBAÑEZ. P; DIEZ-PICAZO. L; MONTERO AROCA. J; MORENO CATENA. V; y VIVÉS ANTÓN. T., “¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La investigación penal a debate”, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007.

APARICIO BLANCO, P., “Diligencias de instrucción restrictivas de derechos fundamentales, competencia del Juez de menores en el ámbito de la responsabilidad penal de los menores”, *Revista del Poder Judicial*, No. 60, Cuarto Trimestre, 2000.

- “La detención y otras medidas de coerción con menores”, *Revista de Derecho Penal*, No. 3, Mayo, 2001.

ARAGONESES ALONSO, P., *Instituciones de derecho procesal penal*, Editorial Madrid, 1981.

ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Editorial PPU, 1991.

- “Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 2, 1996.

- “Principios y sistemas del proceso penal español”, en *El nuevo derecho penal español: Estudios Penales en Memoria del Profesor J.M. Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001.

ARIZAMENA SIERRA, “Las garantías judiciales en la jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Poder Judicial*, No. 35, 1994.

ARRIAGA ESCOBEDO, J y ARRIAGA ESCOBEDO, R., *Consejo de menores, estructura y procedimiento*, Editorial Porrúa, México, 1999.

ARROM LOSCOS, R., *El proceso penal con implicación de menores*, Assaigs Jurídics,&, Palma, 2002.

- “Hacia una nueva legislación penal del menor. Perspectiva histórica y materiales para su desarrollo”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.

ASENCIO MELLADO, J., “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1997.

- *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, 1991.

AUGER LIÑAN, “El papel y la posición del Abogado Defensor en el curso del procedimiento penal y el comportamiento que de ellos se deriva”, *Revista del Poder Judicial*, No. 14, 1985.

AYO FERNÁNDEZ, *Las garantías del menor infractor*, Editorial Thomson Aranzadi, Navarra, España, 2004.

AZAOLA, E., *La institución correccional en México: Una mirada extraviada*, Siglo Veintiuno Editores, México, 1990.

- “Posibilidades y límites de dos modelos de justicia para menores”, en *Alegatos*, No. 33, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996.

AZZOLINI BINCAZ, A., “Los derechos humanos de los menores: El menor frente al derecho penal”, en *Alegatos*, No. 33, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1996.  
BAIZ, “Menores delincuentes”, *La Nación*, Caracas, Venezuela, 1944.

BALTAZAR SAMAYOA, S., “Algunas notas de derecho comparado en torno a la institución del Ministerio Público”, *Revista Mexicana de Justicia*, No. 3., Nueva Época, México.

BANACLOCHE PALAO, “El derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 10, 2000.

BAÑERES SANTOS, “Proposición y admisión de pruebas en el proceso penal”, *Manual de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

BARALLAT LÓPEZ, “La conformidad en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 38/2002 y la Ley Orgánica 8/2002”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, Madrid, 2003.

BARATTA, A; “Diritti Fondamentali”, en el Vol. Col. A cargo de A. NEGRI, *Scienza Politiche, 1 (Stato e Politica)*, Feltrinelli, Milano, 1970.

BARONA VILAR, “Algunas reflexiones en torno al instituto de la conformidad en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1994.

- “El principio de proporcionalidad. Presupuesto esencial de la prisión provisional”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1987.

- *La conformidad en el proceso penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

- “La conformidad en el proceso penal”, en *La Reforma de la Justicia Penal*, Universitat Jaume I, Col·lecció Estudis Jurídics No. 2, 1997.

- “La conformidad en el proceso penal y la justicia negociadora”, en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

BARREIRO, A., “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en *La Reforma de la Justicia Penal*, Col·leccio Estudis Juridics no.2, Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997.

BEDOLLA, D., “El procedimiento vigente ante los Tribunales de Menores en el Distrito Federal”, en *Criminalia*, Año VIII, México, Septiembre, 1942.

BELINCHÓN SÁNCHEZ, “Reflexiones sobre algunos preceptos de la LO 5/2000, de 12 de enero y sus posibilidades de reforma”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002.

BELTRAN NUÑEZ, “La prueba de defensa”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

BENAVIDEZ DOMINGUEZ y BARQUERO RODRÍGUEZ, “La intervención del equipo técnico en las distintas fases del procedimiento de menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.

BENÍTEZ TREVIÑO, *Filosofía y praxis de la Procuración de Justicia*, Editorial Porrúa, México, 1994.

BERMUDEZ OCHOA, “La nulidad en el proceso penal: Tratamiento procesal”, en Recursos en el Orden Jurisdiccional Penal, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

BERMUDEZ REQUENA, “El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción”, *Actualidad Penal*, No. 2, 1997.

BERZOSA FRANCO, “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en *Problemas Actuales de la Justicia Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001.

- “Principios del Proceso”, *Justicia*, No. 111, 1992.

BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Universidad Autónoma de México, México, 1989.

BOANERGES GUINTO LÓPEZ, J., “La defensa pública: Un elemento de equilibrio en la administración de justicia”, *Lex, Difusión y Análisis*, Año VIII, No. 98, México, Agosto, 2003.

BOBBIO., “Presente y porvenir de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, No. 1, Madrid, España, Enero, 1981.

BORRAJO INIESTA, “Presunción de inocencia, investigación y prueba”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

BORREJO C., *Nuevo proceso penal. Actos y nulidades procesales*, Editorial Lirrosca, Caracas, Venezuela, 1999.

BUGALLO SÁNCHEZ, *Los reformatorios de niños*, Editorial Castro S.A., Madrid, s/f.

BUJOSA VADELL, - “Pruebas de referencia y garantías procesales”, *Diario La Ley*, núm. 6821, 15 de noviembre de 2007, pp. 1 y ss..

- *Derecho Procesal Penal* (con I. HUERTAS MARTÍN, M. del POZO PÉREZ y C. VICENTE JIMÉNEZ), Ciencias de la Seguridad, Universidad de Salamanca, Salamanca, 5.ª ed., 2007.

- “Principio acusatorio y juicio oral en el proceso penal español”, *Revista Derecho Penal Contemporáneo* (Bogotá), núm. 9, octubre-diciembre, 2004, pp. 55-84.

-“Sobre la problemática actual del Derecho procesal en España”, en *Alé-Kuma. Revista Jurídica* (Colombia), núm. 12, enero-abril, 2003, pp. 143-152.

- “La garantía de la asistencia de letrado: función social y relevancia constitucional”, en *A Importância do Advogado para o Direito, a Justiça e a Sociedade* (Coord. Mário Antônio Lobato de Paiva), Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000, pp. 311-326.

- “Algunos apuntes sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia constitucional” (con RODRIGUEZ GARCIA, N.), *LA LEY* (España), 30 de marzo de 1999, pp. 1 y ss.

- "Notas sobre la protección procesal penal de intereses supraindividuales a través del Ministerio fiscal y de la acción popular". *Revista Justicia*, 1990, número I, pp. 101-120.

- "Comentarios acerca de la posición del Ministerio fiscal y la Policía judicial en el "iter" legislativo de la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre", en *La reforma del Proceso Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 539-553.

BUSTOS RAMÍREZ, "Principios garantistas del derecho penal y del proceso penal", *Nuevo Foro Penal*, No. 60, 1999.

CAAMAÑO DOMINGUEZ, "Algunas consideraciones sobre el derecho a ser informado de la acusación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *La Constitución y la Práctica del Derecho*, Tomo I, 1998.

- "El derecho a la defensa y asistencia letrada. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes", *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000.

CABRERA MENDIETA, J., "¿Son los menores de edad (no privados de sus facultades mentales) sujetos del Derecho Penal?", en *Iuris Tantum*, México, Primavera-Verano, 1999.

CABRERA MERCADO, "Algunas consideraciones sobre el Ministerio Fiscal en España", *Revista Estudios Jurídicos*, No. 1, Universidad de Jaén, 1998.

CADENA SERRANO, GARCIMARTÍN MONTERO, GUTIÉRREZ SANZ, SAMANES ARA, *La responsabilidad penal de los menores*, Colección "El Justicia de Aragón", Zaragoza, 2003.

CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, Trad. S. Sentis, Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1973, pág. 330.

CALATAYUD PÉREZ, "Instrucción del procedimiento (Títulos tercero y cuarto. Artículos 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36 y 37)", en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid, s/f

- "LO 5/2000. Fase intermedia. Conclusión de la instrucción. Celebración de la audiencia y sentencia", en *La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

CALDERON CUADRADO, “El derecho a un proceso con todas las garantías (Aspectos controvertidos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000.

CALVO CABELLO, “La valoración de la prueba en el juicio oral”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

CALVO SÁNCHEZ, M.C., “La abstención y recusación en la LO 19/2003, de 23 de Diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial”, *La Ley*, No. 6207, de 10 de marzo, 2005.

- “El procedimiento en la L.O. 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003.

- “El procedimiento en la L.O. 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en AA.VV., *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, 2002, vol. I, p. 191-216.

- “¿Ministerio fiscal o juez instructores de la causa?”, *Cuadernos abulenses*, Nº. 22, 1994.

- “Reflexiones sobre la causa novena del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fairén Guillén*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

- “El derecho al Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Necesidad de encomendar la instrucción y el enjuiciamiento a órganos diferentes”, *La Ley*, No. 4, 1989.

- “El interés ideológico como posible motivo de recusación”, en AA.VV., *Crisis de la Justicia y Reformas Procesales*, Primer Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

- “La recusación de los jueces y magistrados”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, No. 1, 1988.

- “La prisión provisional. Reformaron la reforma. análisis de la Ley 10/1984 de 26 de Diciembre”, en AA.VV., *Problemas actuales de la Justicia : homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, 1988.

- “De nuevo sobre la prisión provisional: Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 1, 1985.

CAMACHO VIZCAINO, “El Ministerio Fiscal en el pacto de Estado por la justicia”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. III-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

CAMAÑO ROSA, A., “Ministerio Público y Fiscal”, *Revista de Derecho Procesal*, Año VIII, 1950.

CANCER LOMA, “El menor desde la perspectiva del proceso penal ordinario”, en *Justicia con Menores. Menores Infractores y Menores Víctimas*, Cuenca, 2000.

CARBALLO ARMAS, P., “La progresión de los derechos fundamentales: El caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales”, *Revista del Poder Judicial*, No. 64, Cuarto Trimestre, 2001.

CARDENAL FERNÁNDEZ, “El Ministerio Fiscal ante los cambios en la justicia”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

CARMONA SALGADO, *Algunas observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores a raíz de la Ley 5/2000, de 12 de enero*, Universidad de Granada, Granada, 2001.

- “Las medidas y sus criterios de determinación de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

CARRANZA E., “Las nuevas legislaciones penales juveniles posteriores a la Convención en América Latina”; en *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999.

CARRERA DOMÉNECH, J; “El acto de audiencia y la sentencia penal en la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero: Estudio de los artículos 35-40. Responsabilidad penal de los menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

- “La ejecución de medidas en la Ley Orgánica 5/2000, sobre Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Vol. V, Tomo VII, Edición Thomson, Aranzadi, 2002.

CARRIÓ, G., *Los derechos humanos y su protección*, Buenos Aires, 1989.



CASTAN TOBEÑAS. J., “Poder Judicial e independencia judicial”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Septiembre, 1951.

CASTRO, *El Ministerio Público en México*, Editorial Porrúa, México, 1982.

CAZORLA PRIETOS, “Diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *La Instrucción del Sumario y las Diligencias Previas*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

CEDEÑOS HERNÁN, “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia Constitucional”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 10, 2000.

CENICEROS, J y GARRIDO, L., *La delincuencia infantil en México*, Ediciones Botas, México, 1936.

CEZÓN GONZÁLEZ, C., *La nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Bosch, 2001.

CIPRIANI, “El Abogado y la verdad”, *Revista del Poder Judicial*, No. 72, 2003.

CLAVEL VILLANUEVA, F., “Menores en conflicto social en Castilla-La Mancha en la época contemporánea”, en *La Responsabilidad Penal de los Menores*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2001.

CLEMENTE, “El menor como objeto de las diferentes diligencias policiales”, *Eguzkilore*, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, No. 11, 1997.

COBO DEL ROSAL, “Principio de legalidad y Ministerio Fiscal”, *Cuaderno de Política Criminal*, No. 2, 1977.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, G., *Derecho mexicano de procedimientos penales*, Editorial Porrúa, 1997.

COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, “El principio de dependencia jerárquica”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

- “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”, *Revista del Poder Judicial*, No. VI Especial, 1989.

- “La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitución y el nuevo Estatuto Orgánico”, *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

CONDOMINES POLL, “La prueba como derecho Constitucional”, en *La Constitución y la Práctica del Derecho*, Tomo III, Madrid, 1998.

CONTRERAS ALFARO, *Los delitos económicos relacionados con la corrupción. Los principios de consenso y oportunidad en sede procesal penal y la sustitución del interés público en la persecución de la criminalidad de corrupción*, Editorial La Aurora LTDA, Santiago, Chile, 2004.

CÓRDOBA RODA, “La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos críticos”, *Revista Jurídica de Catalunya*, No.2, 2002.

CORDÓN MORENO, *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Pamplona, 1999.

CORONADO FRANCO F y RIOS ESPINOSA, C., *El sistema mexicano de justicia penal para menores y la doctrina de las Naciones Unidas para la protección integral del niño y la niña*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002.

CUELLO CONTRERAS, J., *El nuevo derecho penal de menores*, Civitas Ediciones. S.L, Madrid, 2000.

CUERDA RIEZU, “Innovaciones de la mas reciente doctrina Constitucional sobre el principio de legalidad penal”, en *El Nuevo Derecho Penal Español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

CHAMORRO BERNAL, *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 Constitucional)*, Barcelona, 1999.

CHOCLAN MONTALVO, “La imparcialidad del Juez”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 460.

CHOCRON GIRALDEZ, “La incapacidad procesal del imputado por anomalía o alteración psíquica”, *Justicia*, No. 3-4, 1999.

DE CASTRO CID; *El reconocimiento de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1982.

DE DIEGO DIEZ, “El control judicial sobre la conformidad del acusado”, *Revista del Poder Judicial*, No. 23, 1991.

- “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: Los principios acusatorio y el de contradicción”, *Justicia*, No. 1, 1988.

- “El principio “El que instruye no debe juzgar” como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 11, 1987.

- *La conformidad del acusado*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DE LA BARREDA SOLÓRZANO, “El menor ante el derecho penal”, *Revista de la División de Ciencias Sociales y Humanidades*, Vol. III, No. 5, Universidad Autónoma Metropolitana, México, Enero-Abril, 1982.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, “La ejecución de las medidas (Artículos 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60)”, en *Justicia de Menores: Una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid, s/f.

DE LA ROSA CORTINA, “El título VIII de la Ley penal del menor: Experiencias en su aplicación”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

- “La instrucción en el procedimiento de la LORPM. Intervención del Juez de menores”, en *La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

DE URBANO CASTRILLO, E., “El principio de contradicción en el proceso penal”, *La Ley*, No. 5474, 2002.

- “La conformidad penal como instrumento decisivo para el eficaz y más rápido funcionamiento de la jurisdicción penal”, *La Ley*, No. 4936, 1999.

- *Legislación sobre la responsabilidad penal de los menores*, Estudio Preliminar, Editorial Aranzadi, 2001.

- “Los recursos en la LORPM”, en *La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

DE URBANO CASTRILLO, E., y DE LA ROSA CORTINA, J., *Comentarios a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Editorial Aranzadi, 2001.

DEL CAMPO BELTRÁN, M., “El tratamiento penal del menor de edad”, *Revista de Derecho Penal*, No.8, Enero, 2003.

DEL MORAL GARCÍA, “El secreto de las actuaciones en el proceso penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 43, 2002.

DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad en el proceso penal (Aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)”, *Actualidad Penal*, No. 1, 1990.

DEVIS ECHANDA, “Principios fundamentales del derecho procesal penal”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 4, 1982.

DIAZ ABAD., *Derechos del menor en el ámbito penitenciario en el derecho y los derechos de los niños*, Exlibris Ediciones S.L., Castilla La Mancha, 2003.

DIAZ CABIALE, *La admisión y la práctica de la prueba en el proceso penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991.

DÍAZ CAPPA, “Algunos aspectos de la protección social y jurídica de los menores en la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de su Responsabilidad Penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

DIAZ MARTÍNEZ, *La instrucción en el proceso penal de menores*, Editorial Colex, Valencia, 2003.

DIEGO ESPUNY, “La intervención con menores infractores”, en *Justicia con Menores. Menores Infractores y Menores Víctimas*, Cuenca, 2000.

DIEZ-PICAZO, “Publicidad y secreto de la Constitución”, en *Acceso Judicial a la Obtención de Datos*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

- *Sistema de derechos fundamentales*, Editorial Thomson, Navarra, España, 2005.

DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000.

DOLZ LAGO, M., “Cuestiones sobre la instrucción penal del nuevo proceso de menores”, *Revista General de Derecho*, Año LVI, No.668, Mayo, 2000.

- *Derecho transitorio penal de menores. (Comentarios al derecho transitorio de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal del Menor)*, Editorial Dykinson, 2001.
  - “El Fiscal ante la reforma de menores: Radiografía de una metamorfosis paradójica”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1992.
  - “El Fiscal y la reforma de menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992”, *La Ley*, No. 1, 1996.
  - “El principio de oportunidad del Fiscal. Las soluciones extrajudiciales. El sistema de recursos de la Ley. La regulación legal de la ejecución de las medidas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.
  - “Labor y funciones del equipo técnico”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
  - “La intervención del Fiscal en materia de menores”, en *La Ley Penal*, No. 18, Año II, Estudios Monográficos Derecho Penal de Menores, La Ley, Julio-Agosto 2005.
  - “La Ley penal del menor: ¿Una Ley impracticable? Crítica Práctica de su Impracticable”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002.
  - *La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero)*, Editorial Tirant lo Blanch, 2000.
  - “Los principios de actuación del Ministerio Fiscal según la Constitución Española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, No. 9, 1983.
- ECHARRI CASI, “Las partes en el proceso penal. Su participación en el proceso penal. Alcance de la responsabilidad subsidiaria”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. III, Madrid, 2003.
- “Protección penal del secreto de las actuaciones”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. II, Madrid, 2000.
- ENFEDAQUE I MARCO, “El desarrollo del juicio oral. La prueba en el juicio oral”, *Manuales de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- ESCRIBANO SÁNCHEZ, “Ejecución de medidas”, en *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, I-2002. Madrid, 2002.

ESCUADERO MORTALLA y FRIGOLA VALLENA, “El Secretario Judicial. Concepto y complemento”, *Justicia*, No. 2, 1997.

- “El Secretario Judicial. Últimas reformas organizativas conforme a la Ley 19/2003 del 23 de diciembre”, *Revista General de Derecho*, Valencia, 2004.

ESCUADERO MORTALLA, LAMO RUBIO, ROBLEDO VILLAR, “Secretario Judicial. Visión orgánico procesal actual”, *Revista General de Derecho*, Valencia, 1999.

ESQUINCA MUÑOA, “Designación del Defensor Público por los Órganos Jurisdiccionales Federales”, en *Inter Criminis*, No. 2, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Octubre-Diciembre, 2005.

ESQUIVIAS JARAMILLO, “El principio de oportunidad procesal. Soluciones al conflicto. Recursos y ejecución de las medidas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

ETXEBARRIA ZARRABEITIA, X., “Algunos aspectos de derecho sustantivo de la Ley Orgánica 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y de su reforma en materia de terrorismo”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, No. 53, 2001.

- “La responsabilidad penal de niños y jóvenes”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales y otros Tribunales*, Volumen V, Tomo IV, Editorial Aranzandi, 1999.

FAIREN GUILLEN, “La conformidad de la voluntad del sujeto en las declaraciones de conformidad en el proceso penal (Sugerencia al Ministerio de Justicia)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1998.

- “Los principios de oralidad, de escritura y de socialización del proceso en relación con el enjuiciamiento civil”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 4, 1981.

FECHNER, E., *Die Soziologische Grenze der Grundrechte*, Mohr, Tübingen, 1954.

FERNÁNDEZ BERMEJO, “La modernización del Ministerio Fiscal. La necesidad del nuevo diseño estructural y orgánico. En particular la organización de las grandes Fiscalías”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, “Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1988.

FERNÁNDEZ ESPINAR, “La reforma procesal de la jurisdicción de menores en el marco de respeto a los principios y garantías constitucionales”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 2, 1993.

FERNÁNDEZ MARTÍN y URBANO CASTRILLO, “La conformidad penal, una Ley pendiente y necesaria”, *La Ley*, No. 5579, 2002.

FERNÁNDEZ MOLINA, “La valoración del interés del menor en la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002.

FERNÁNDEZ MONTALVO, “Garantías constitucionales del procedimiento penal”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 6, 1990.

FERNÁNDEZ OLMO, “El Fiscal de menores de guardia: Problemas prácticos. Relación con la policía judicial y los Juzgados de Guardia”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los límites del ius puniendi”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo III, Septiembre-Diciembre, 1994.

FERNÁNDEZ SERRANO, A., *La abogacía en España y el mundo*, Librería Internacional de Derecho, Madrid, 1955.

FERRAJOLI, L; *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, España, 1999.

FERREIRO BAAMONDE, “Os danos que o sistema penal causa ás persoas sometidas a proceso: A victimización terciaria”, *Anuario da Facultade de Directo da Universidade da Coruña*, nº 6, 2002.

FIERRO GÓMEZ, “La instrucción, diligencias de instrucción. En especial determinación de la edad, identificación del menor, ruedas de reconocimiento. La imputación”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- “La intervención de Letrado y las medidas cautelares en el proceso penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- “Eliminación y aceleración del procedimiento. La conformidad. El juicio rápido”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

FORCADA JORDI, “Acerca de la conformidad en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1991.

FRANCO, J, “Funciones y cometidos del equipo técnico en la LO 5/2000”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

FRANCO GUZMAN; VELA TREVIÑO; ADATO DE IBARRA; DE GONZÁLEZ MARISCAL; GARCÍA RAMÍREZ; MILO CAMACHO; SÁNCHEZ GALINDO; FERNÁNDEZ PÉREZ; RODRÍGUEZ MANZANERA y QUIRÓZ CUARÓN, *Manual de introducción a las ciencias penales*, Secretaría de Gobernación, México, 1976.

FRANCO YAGUE, “Los equipos técnicos en el procedimiento. La valoración del interés del menor”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

FRIGAL FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Editorial Montecorro S.A., Madrid, 1981.

GALVÁN APARICIO, R., *Introducción a las consecuencias jurídicas del delito en menores. Responsabilidad penal y atención psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GALVIS ORTIZ, *Comprensión de los derechos humanos*, Editorial Aurora, Santafé de Bogotá, Colombia, 1996.

GANZENMULLER ROIG, “El Ministerio Fiscal en la ejecución de medidas”, *Papers d’Estudis I Formació*, No. II, 1992.

GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales, comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia*, Tomo 2, Editorial Bosch, Barcelona, 2000.

GARCÍA ARÁN, “El llamado principio de culpabilidad ¿No hay pena sin culpabilidad?”, en *El Nuevo Derecho Penal Español*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

GARCÍA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, D., “Los niños violadores del Distrito Federal”, en *Bien Común*, Año 9, No. 106, Publicación mensual de la fundación Rafael Preciado Hernández, A.C., México, octubre, 2003.



GARCÍA GARCÍA, “El principio de oportunidad en nuestro derecho vigente”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1988.

- “Una llamada de atención sobre la reforma en curso del Estatuto del Ministerio Fiscal”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 45, 2002.

GARCÍA INGELMO, “El Fiscal y el principio de oportunidad en la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

- “Las medidas de reforma y las reglas para su aplicación en la L.O. 5/00”, en *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, No. I-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

GARCÍA MORILLO, *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1994.

GARCÍA PEREZ, “La competencia de los órganos de la administración de justicia de menores, las bases de la responsabilidad de éstos y el derecho supletorio (Artículos 2,3,4,5 y 6 del título primero y artículos 10,11 y 12 del título segundo)”, en *Justicia de Menores: Una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid. s/f.

- “La evolución del sistema de justicia penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la luz de las directrices internacionales”, *Actualidad Penal*, No. 32.

- “La posición del menor y el perjudicado en el derecho penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

GARCÍA RAMÍREZ, S., “Algunas cuestiones a propuesta de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, *Criminalia*, No. 1, Año LXII, México, Enero-Abril, 1996.

- *El artículo 18 Constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, UNAM, México, 1967.

- “Errores y absurdos en el régimen de menores infractores”, en *Indicador Jurídico*, Vol. I, No. 2, México, Febrero, 1996.

- “Justicia y menores infractores”, *Criminalia*, Año LXVII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001.

- “La acción en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, No. 65, Enero-Marzo, México, 1967.

- “La imputabilidad en el derecho penal federal mexicano”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, 1968.

GARDUÑO GARMENDIA, J., *El Ministerio Público en la investigación de los delitos*, Editorial Limusa, México, 1991.

GARICORTS SEMBLET, “Planteo respecto a la posición de los principios de legalidad, de congruencia y acusatorio del proceso penal”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, No. 1, 2000.

GASPAR BLANCH, R., “La infraestructura exigida por la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (L.O 5/2000, de 12 de enero)”, *Revista General de Derecho*, año 2002.

GATTI UBERTO; “Sistema italiano de justicia para menores de edad”, en *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999.

GAY MONTALVO, “El largo camino hacia un nuevo Estatuto General de la Abogacía: Novedades y Permanencias”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

GIL-ALBERT-VELARDE, “El Ministerio Público en la Constitución”, en *El Poder Judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

GIMÉNEZ SALINAS I COLOMER, E., “Características principales de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista del Poder Judicial*, Cuarto Trimestre, 2000.

- “Comentarios a la exposición de motivos y al título preliminar”, en *Justicia de Menores: Una Justicia Mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid, s/f.

GIMENO SENDRA, J., *El proceso penal de menores, en dogmática y Ley penal*, Tomo II, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.

- “Las garantías constitucionales en el proceso y el Secretario Judicial dentro del marco del Consejo de Europa”, *Revista del Poder Judicial*, No. 38, 1995.

- “La nueva regulación de la conformidad (Ley Orgánica 7/1988)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 3, 1990.
- “Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial”, *Justicia*, No. IV, 1988.
- *Constitución y Proceso*, Editorial Tecnos, 1988.
- “Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, en *El Poder Judicial*, 2ª Época, Especial No. II, Justicia Penal, Madrid, 1987.
- *Fundamentos del derecho procesal, (jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, 1981.
- “Unidad y exclusividad de la jurisdicción. Juez legal y Ministerio Fiscal en la Constitución Española”, en *Estudios Sobre la Constitución Española de 1978*, Valencia, 1980.
- “La naturaleza de la defensa penal y la intervención del Defensor en la instrucción”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, Año 1979.

GIMENO SENDRA, V; MORENO CATENA, V; ALMAGRO NOSETE, J; CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal*, Tomo II, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1989.

GISBERT JORDÁ, “Análisis del procedimiento. Sus fases. Las demás partes en el proceso. Especial atención a la víctima como coadyuvante sin acción”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

- “Cuestiones sobre medidas cautelares”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.
- “Las medidas cautelares”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

GÓMEZ COLOMER, J., “El Fiscal instructor”, *Justicia*, No. 2, 1996.

- “Tuición procesal penal de menores y jóvenes”, en *Inter Criminis* No. 3, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Junio, 2002.

GÓMEZ COLOMER, CARBONELL MATEU, MENGUALL y LLOLI, *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos penales y procesales*, Madrid, 1987.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal. En particular el atestado policial”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1993, nº 3.

- “La postulación procesal”, en AA.VV., *Comentarios sobre la Reforma Procesal (Ley 10/92, de 30 de abril)*, Oviedo, 1992.

- “Nulidad de actuaciones y la Constitución”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 3, 1992.

-*La prueba en el proceso penal (Selección de jurisprudencia)*, Editorial Forum S.A., Oviedo 1991.

GÓMEZ DE LIAÑO POLO, C., “Consideraciones sobre la prueba en el proceso penal: en particular el atestado policial”, *Revista vasca de derecho procesal y arbitraje*, Vol. 5, Nº. 3, 1993.

- *Los recursos en la instrucción penal*, Oviedo : Forum, 1997.

- La asistencia jurídica gratuita y las personas jurídicas, *Justicia: revista de derecho procesal*, Nº 1, 1999.

GOMEZ ESCOLAR, “El deficiente y el enfermo mental que ha delinquido: Alternativas a la prisión o al hospital psiquiátrico”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. V-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

GÓMEZ MESA, *Organización y funcionamiento de un Tribunal Tutelar de Menores*, Editorial Baillo Bailliere, S.A., Madrid, 1935.

GÓMEZ RECIO, “Medidas cautelares en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I, 2002.

GÓMEZ RIVERO, M., “El régimen de medidas aplicables a los menores de edad: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.

- “La nueva responsabilidad penal del menor: Las leyes orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal*, Enero, 2002.

GONZÁLEZ ALCÁNTARA, J., “Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XXV, No. 74, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Mayo-Agosto, 1992.

GONZÁLEZ AYALA, *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ BLANCO., *El procedimiento penal mexicano*; Editorial Porrúa, México, 1975.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J., “La defensa”, *Criminalia*, Año VIII, México, Septiembre, 1942.

- *Principios de derecho procesal penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1967.

GONZÁLEZ CAMPO, “Celebración de la audiencia. Conformidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, “La libertad de acceso del Abogado Defensor al detenido o preso en toda las etapas del procedimiento criminal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 14, 1985.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “El principio de proporcionalidad en el derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, No. 5, 1998.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA, *Enjuiciamiento criminal. Ley y legislación complementaria, doctrina y jurisprudencia*, Tomo II, Editorial Trivium, S.A., Madrid, 1998.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, R., *Tratado sobre la Ley penal mexicana*, Editorial Porrúa, México, 2003.

GONZÁLEZ DEL SOLAR, J., *Delincuencia y derecho de menores*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

GONZÁLEZ GARCÍA., “La responsabilidad civil del menor”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ SOLER, “El Ministerio Fiscal en los procesos que afectan a la infancia, en protección de menores en el Código Penal”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998.

GONZÁLEZ TASCON, “Medidas aplicables a los menores por la comisión de hechos delictivos previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Revista de Derecho Penal*, No. 16, Septiembre, 2005.

GOSSEL, K., “Reflexiones sobre la importancia del principio de legalidad en el procedimiento penal del Estado de Derecho”, *Nuevo Foro Penal*, No. 23, 1984.

GRANADOS, F., *El Ministerio Fiscal (Del presente al futuro)*, Editorial Tecnos, 1989.

GRANADOS CALERO, “El Ministerio Fiscal y su defensa de la legalidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995.

GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, “Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal”, *Revista Jurídica Española, La Ley*, No. 4687, 1998.

GURZA JAIDAR, L., “Ministerio Público y Derechos Humanos”, en *Lex, Difusión y Análisis*, Año III, No. 25, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Julio 1997.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “El derecho procesal en la hora presente”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 2-3, 1977.

HASSEMER, W., “La persecución penal: Legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 4, Madrid, 1988.

HAVA GARCÍA, E y RIOS CORBACHO, J., “Las medidas aplicables a menores en la Ley 5/2000”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HENSEL, A., *Grundrechte und Politische Weltanschauung*, Mohr, Tübingen, 1931.

HERAS GARCÍA, “Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000”, *Revista del Poder Judicial*, No. 65, 2002.

HERNÁNDEZ GALILEA, J.M., *El sistema español de justicia juvenil*, Editorial Dykinson, 2002.

- “La fase intermedia en el proceso de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ PALACIOS, A., *Lineamientos generales para una legislación tutelar de menores*, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, Noviembre, 1970.

HERRERA ORTIZ, M., “Los menores infractores en la Ley penal”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XLII-XLIII, Editora del Gobierno de Veracruz, México, Abril-Septiembre, 1991.

- “Los menores infractores en la Ley penal (Segunda parte)”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Tomo XLIV, Editora del Gobierno de Veracruz, México, Octubre-Diciembre 1991.

- *Manual de derechos humanos*, Editorial Pac, México, 1991.

HERRERO MORENO, “La conciliación menor-víctima en el ámbito de la desviación juvenil: Reflexiones en torno a su controvertida plasmación en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.

HERRERO TEJEDOR ALGAR, “El Ministerio Fiscal y los derechos fundamentales”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

- *La Reforma del Ministerio Fiscal*, Madrid, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, “La transformación de la originaria Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y sus consecuencias jurídicas”, *La Ley Penal*, No. 18, Año II, Julio-Agosto, 2005.

HUELAMO BUENDÍA, “Derecho penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

HUETE PÉREZ, L., *El procedimiento penal con menores en la responsabilidad penal de los menores*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2001.

- “Problemas prácticos de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000. Organización y reparto de asuntos”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

HURTADO ADRIAN, “Sobre declaraciones del imputado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 2, 1998.

ILLESCAS ROS, “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1995.

ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, O., “El menor como sujeto de derecho penal”, en *Derechos de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1990.

JAEN VALLEJO, “El principio de igualdad en la aplicación de la Ley por los órganos jurisdiccionales”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, No. 2, 1987.

- *La presunción de inocencia en la jurisprudencia Constitucional*, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ ASENJO, E., “La defensa penal”, *Revista de Derecho Judicial*, Año II, No. 7, Julio-Septiembre, 1961.

JIMÉNEZ ASENSIO, “Abogados. Enseñanza del derecho y administración de justicia (En torno a algunos problemas institucionales de la abogacía española en el Siglo XXI)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, No. 6, 2003.

JIMÉNEZ BLANCO y CARRILLO DE ALBORNOZ, “Relevancia Constitucional del Ministerio Fiscal”, en *El Poder Judicial*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

JIMÉNEZ SEGADO, “La exclusión de la responsabilidad criminal”, *Estudios Jurisprudenciales Penal y Procesal*, Madrid, 2003.

JIMÉNEZ VILLAREJO, “El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial”, *Revista del Poder Judicial*, No. 3, 1982.

JIMENO BULNES, “El principio de publicidad en el sumario”, *Justicia*, No. IV, 1993.

- “Las dilaciones indebidas y el Secretario Judicial”, *Justicia*, No. 2, 3, 4, 2000.

JUANES PECES, “Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del Juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia”, *La Ley*, No. 1, 1996.

- “La sentencia de conformidad con arreglo a la nueva Ley”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 573, Thomson Aranzadi, 2003.

JURALDE MORGADE, “El Fiscal de la Constitución ante la reforma de la justicia”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

KLUG, U., “Intento de una fundamentación filosófica de los derechos humanos”, en *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, Barcelona, España.

LAFONT NICUESA, “El Ministerio Fiscal y la instrucción del proceso penal”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

LANDROVE DIAZ, *Derecho penal de menores*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- “Marco operativo de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *La Ley*, Junio, 2000.

LANZAROTE MARTÍNEZ, “La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 3, Ministerio de Justicia, 1996.

LASTRA DE INÉS, “La fase de investigación. La actuación instructora, Las soluciones extrajudiciales”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

LASTRA LIENDO, “El Secretario Judicial, garante del derecho fundamental de la información judicial: Obligaciones informativas”, en *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. II, 2003.



LAVIADES GARCIA DE GUADIANA, I., “El proceso de ejecución de las medidas”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

LEÓN REY, *Los menores ante el Código Penal colombiano*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1939.

LLERA SUÁREZ BARCENA, “El modelo de investigación penal de la Constitución Española de 1978: Los papeles asignados al Juez, al Fiscal y a la Policía Judicial”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 5, 1998.

LLOREL MUEDRA, “El nuevo Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal”, *La Ley*, No. 1, 1982.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “El principio de oportunidad, en el proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

LÓPEZ LÓPEZ, A., “El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español”, *Actualidad Penal*, No. 1, 1992.

- “Instrucción del expediente de menores: La declaración del imputado”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XI, No. 495, 2001.

- *La instrucción del Ministerio Fiscal en el procedimiento de menores*, Editorial Comares, Granada, 2002.

- *Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia)*, Editorial Comares, Granada, 2004.

- “Ministerio Fiscal y reforma del procedimiento penal. Normas y principios”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

LÓPEZ RIOCEREZO, *Delincuencia juvenil*, Editorial Victoriano Suárez, Madrid, 1960.

LÓPEZ SERRANO, J., “El Ministerio Público”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LVII, Madrid, 1880.

LÓPEZ TIRADO, S., “La justicia y el tratamiento de menores infractores”, *Criminalia*, Año LXVII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001.

LORCA MARTÍNEZ, J., *El sistema español de justicia juvenil*, Editorial Dykinson, 2002.

- “La intervención administrativa en protección de menores desde la perspectiva del Ministerio Fiscal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. 1-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

LORCA NAVARRETE, “El proceso penal como sistema de garantías constitucionales”, *Nuevo Foro Penal*, No. 4, 1988.

- *Manual garantías jurisdiccionales y procesales de derecho. Organización judicial y principios rectores del proceso*, Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

- “Nulidad de actuaciones en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1984.

LORENZO JIMÉNEZ, “Las garantías jurisdiccionales penal y civil en la Ley de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1987.

LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS., *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española*, Editorial Comares, Granada, 1996.

LORENZO SALGADO, *La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal Español (Especial referencia a la reforma de 25 de Junio de 1993)*, Coimbra, 1990, Separata del Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXIII, 1987.

MADROÑERO SOBRINO, “¿Tiene hoy sentido el Fiscal como defensor de la legalidad?”, en *Dogmática y Ley Penal*, Tomo, II, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A., Madrid, 2004.

MAGRO SERVET, “La imparcialidad judicial”, *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, No. 7, 2004.

MAIER, J., “El Ministerio Público: ¿Un Adolescente?”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Editorial Adhoc, 1993.

MANCILLA OVANDO, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, Estudio Constitucional del Proceso, México, 1999.

MARCHENA GÓMEZ, M., “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *La Ley*, No. 4618, 1998.

- *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. S.A., Madrid, 1992.

- “La protección de la intimidad de los menores: Perspectivas civil y penal”, *Revista General de Derecho*, Año LI, No. 603, Diciembre, 1994.

MARTELL GÓMEZ, M., *Análisis penal del menor*, Editorial Porrúa, México, 2003.

MARTÍ MINGARRO, *El Abogado en la historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

MARTÍN GARCIA, “Derecho de defensa y fase de instrucción”, *La Ley*, No. 4737, 1999.

- “Presencia física de las partes en la fase de instrucción: Exigencia del derecho de defensa”, *Manual de Formación Continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.

MARTÍN LÓPEZ, M.T., “Consideraciones sobre la delincuencia de menores”, en VV.AA., *Justicia con menores. Menores infractores y menores víctimas* (M.T: MARTIN LOPEZ coord.), Cuenca, 2000.

MARTÍN OSTOS, J., “Bases para un borrador de anteproyecto de Ley penal y proceso del menor”, *Justicia*, 1991, nº I.

- “CGPJ y Tribunales de menores”, *Justicia*, 1995, núms. I-II.

- “El nuevo proceso de menores”, *La Ley*, 1994, nº 1, p. 1142-1153.

- “La conformidad en el proceso penal”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 5, 1996.

- “La intervención de Abogado en el procedimiento tutelar de menores”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1979.

- “Funciones procesales del Secretario Judicial en la LOPJ” en *Justicia*, No. II, 1986, págs. 263-291

- “Hacia un nuevo Secretario Judicial Español”, *La Ley*, No. 1, 1992, págs. 991-994.

- “Poder Judicial, función jurisdiccional y Secretario Judicial, en *Justicia*, No. 1, 1990, págs. 35-47.

- *Jurisdicción de menores*, Barcelona, 1994.

MARTÍN PALLÍN, “El Ministerio Fiscal a la búsqueda de la legalidad y de los intereses generales”, en *El Poder Judicial*, Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

MARTÍN PASTOR, “La dirección de la investigación oficial por el Ministerio Fiscal en el proceso de menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003.

- “Presente y futuro del Ministerio Fiscal en la instrucción penal”, en *La Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Algunas reflexiones sobre los Colegios tras el Estatuto General de la Abogacía”, en *Comentarios al Estatuto General de la Abogacía Española*, Editorial Thomson, Civitas, Madrid, 2003

MARTÍN RIOS, “La situación procesal del menor infractor con anomalías o alteraciones psíquicas”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003.

MARTÍN SÁNCHEZ, “Instrucción del procedimiento. Reglas generales (Titulo tercero, artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 27)”, en *Justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid, s/f.

MARTÍN Y MARTÍN, “Conformidad y sentencia en el proceso penal”, *Actualidad Penal*, No. 1, 1992.

MARTÍNEZ ARRIETA, “Correlación entre acusación y sentencia. Alcance del principio acusatorio”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. 1- 2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

- *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994.

MARTÍNEZ CASTRO, M., “El sistema de defensoría pública federal en México”, *Revista de la Facultad de Derecho*, No. 29, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, Enero-Diciembre, 2000.

MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos Constitucionales del Ministerio Fiscal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARTÍNEZ PARDO, J, “La detención de los menores de edad”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y Otros Tribunales*, Vol. V, Tomo VII, Editorial Thomson, Aranzadi, 2002.

- “Las medidas cautelares personales en el proceso de menores”, en *Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia Audiencias Provinciales u otros Tribunales*, Vol. V, Tomo V, Editorial Aranzandi, 2000.

MARTÍNEZ PUJALTE. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

MARTÍNEZ RUIZ, “Los derechos humanos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista del Poder Judicial*, No. 4, 1982.

- “Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, *Justicia*, No. 1, 1985.

MARTÍNEZ SERRANO, A., “Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la LO 5/2000”; en *La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

MAYOR CASADO y GONZÁLEZ CASTILLO, “Equipo técnico y Ley: Evolución. Papel asignado y metodología”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

MEDINA GUERRERO, “El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”, en *La Constitución y la Práctica del Derecho*, Tomo I, Madrid, 1998.

- “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 5, 1998.

MELÉNDEZ LUQUE, M., “El procedimiento declarativo”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MENA ÁLVAREZ, “Reglas para la determinación de las medidas aplicables: Modificación y sustitución de medidas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

MENDOZA, J., *La protección y el tratamiento de los menores*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1960.

MENDEZ DE LUGO y LÓPEZ DE AYALA, “La protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, en *Los Derechos Humanos*, Universidad de Granada, Granada, 2001.

MERCADER, A., “Abogados”, *Revista de Derecho Procesal*, Año I, 1943.

MESSNER, J., *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Tyrolia, Innsbruck-Wien-München, 4a. Ed. 1960.

MIQUEL, I., “El Ministerio Público en los sumarios”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo XI, Madrid, 1857.

MIR PUIG; *Derecho penal*, Parte General, PPU, Barcelona, España, 1998.

MOLINO, “La presunción de inocencia como derecho Constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 3, 1993.

MONES MARMOLEJA, H., “La intervención del Ministerio Público en los asuntos del menor”; en *Memoria: Primera Reunión Nacional sobre Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de Menores Infractores*, Secretaría de Gobernación, México, Octubre, 2002.

MONTAÑES PARDO, “Las garantías constitucionales del proceso penal”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, No. I, 2002.

MONTERO AROCA. J., “El principio acusatorio (Un intento de aclaración conceptual)”, *Justicia*, No. IV, 1992.

- “El principio de oralidad y su práctica en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Justicia*, No. VI, 1983.

- “En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1976.

- “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 1, 1994.

- “Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal”, *Justicia*, No. Especial, 1981.

- *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MORA ALARCÓN, *Derecho penal y procesal de menores, doctrina, jurisprudencia y formularios*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

MORENO CATENA, V., “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos, ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor? La Investigación Penal a Debate”, en *Teoría y Derecho*, *Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007

- “El papel del Ministerio Fiscal en el Estado democrático de derecho”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, Mayo-Agosto, Madrid, 2002.

MORENO HERNÁNDEZ, M., “Organización y funcionamiento del Ministerio Público”, *Criminalia*, Año LXI, No. 3, Editorial Porrúa, México, D.F., Septiembre-Diciembre, 1995.

- “Realidad y ficción en materia de justicia de menores (en México)”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Año IV, No. 10, México, Enero-Abril, 1989.

MUERZA ESPARZA, “El principio de inmediación y la segunda instancia del proceso penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, No. 556, 2002.

MULLER, F., *Die Positivitat der Grundrechte. Fragen einer Praktischen Grundrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1969.

MUÑOZ CALVO, “La independencia del Ministerio Fiscal en España. Su problemática. El llamado Consejo Fiscal”, en *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

MURILLO DE LA ROSA, M., “Pautas para una nueva legislación que regule la responsabilidad penal de los menores”, en *Investigaciones Jurídicas*, Vol. XIV, No. 72, Universidad de Guanajuato, México, Enero-Junio, 2002.

NARVAEZ RODRÍGUEZ, “El derecho de defensa”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

- “La acusación y la apertura del juicio oral. Las cuestiones previas”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- “La investigación penal por el Ministerio Fiscal. Una apuesta para el futuro”, *Tribunales de Justicia*, *Revista Española de Derecho Procesal*, No. 10, 2000.

NOGUEIRA GANDÁSEGUI, “Observaciones críticas al proceso penal de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. III, 2003.

NOREÑA SALTO, “El derecho a un proceso con todas las garantías. Artículo 6.1 CEDH”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. V-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

NUÑEZ MOLINA, W y NUÑEZ MOLINA C; *Curso de derechos humanos*, (Parte General T. I), WnM Ediciones, Lima, Perú, 2003.

OJEDA BOHÓRQUEZ, R., “Los cuatro errores más frecuentes de los agentes del Ministerio Público”, en *Inter Criminis*, No.1, Segunda Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

OLAVARRÍA IGLESIA, “El procedimiento de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

- “Escrito de alegaciones y conclusión de la instrucción (Artículos 30 y 31)”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

OLMO DEL OLMO, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid, 1999.

OÑA NAVARRO, “El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Constitución y Garantías Penales, Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal de menores*, Editorial Bosch, 2001.

- “El Juez de menores en la fase de instrucción del procedimiento de menores. Relaciones Fiscalía-Juzgado”, en *La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

- “La fase intermedia del procedimiento penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- “Las medidas cautelares en el procedimiento penal de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, II-2003, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

ORTEGO PÉREZ, “Instrucción judicial y garantías (Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio)”, *La Ley*, No. 5514, 2002.

ORTELLS RAMOS, “Principio acusatorio. Poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, *Justicia*, No. IV, 1991.

ORTIZ URCULO, “Garantías del imputado en el proceso penal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- “Las medidas cautelares en el proceso penal: Requisitos y garantías”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.



OSTENDORF, H., *Kommentar zum Jugendgerichtsgesetz*, Luchterhand, Neuwied-Darmstadt, 1987.

PACHECO CARVE, “El Fiscal en el derecho comparado”, en *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, No. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

PANTOJA GARCÍA, “El proyecto de la Ley Orgánica Reguladora de la Justicia de Menores. La posición del Ministerio Fiscal en el proceso”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VII, Madrid, 1997.

- “La naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. La singularidad del proceso de menores”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

PANTOJA GARCIA, MUÑOZ MARÍN, PÁRAMO Y DE SANTIAGO y DEL MORAL GARCÍA, “La Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de Menores (Anotaciones tras ocho meses de aplicación)”, *Actualidad Penal*, Tomo I, 1993.

PÁRAMO Y DE SANTIAGO, “Análisis del procedimiento. La fase de conocimiento del Juez. La preparación del juicio y las diligencias del Juez. Naturaleza jurídica de las mismas. La fase decisoria. La sentencia. El sistema de recursos”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

PARRA GARCÍA, “Régimen de publicidad y secreto en el proceso penal”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. II, Madrid, 2000.

PASCUAL SERRATS, “La protección Constitucional del derecho a un Juez imparcial y a la asistencia de Letrado (Comentario a la STC 162/1999, de 27 de septiembre)”, *Revista General de Derecho*, No. 668, Madrid, Mayo, 2000.

PASTOR ALCOY, *Prueba de indicios. Credibilidad del acusado y presunción de inocencia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PASTOR BARBERET, “El Ministerio Fiscal y el sistema de justicia criminal: Elementos para un análisis económico y criminológico”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

PECES-BARBA MARTINEZ, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.

PECES MORATE, “Publicidad y secreto sumarial”, *Revista del Poder Judicial*, No. X. XI, XII, 1989.

PEDRAZ PENALVA, “La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstruida”, en *La Instrucción del Sumario y las Diligencias Previas, Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1998.

-“ Notas sobre publicidad y proceso”, *Revista del Poder Judicial*, No. X, XI, XII, 1989.

- *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad. Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990.

- “Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales”, *Revista General de Derecho*, No. 631, 1997.

- “Publicidad y derecho al proceso debido”, en *La Criminalidad Organizada ante la Justicia*, Sevilla, 1996.

PEDRAZ PENALVA y ORTEGA BENITO, “El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas”, *Revista del Poder Judicial*, No. 17-18, 1990.

PELÁEZ PÉREZ, “La defensa del menor. El interés superior del menor”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Ministerio de Justicia, 2002.

PERDIGUERO BAUTISTA, “El internamiento por razón de trastorno psiquiátrico tras la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor”, *La Ley*, No. 3, 1996.

PERELLO DOMENECH, “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, *Jueces para la Democracia Información y Debate*, No. 28, 1997.

PÉREZ CRUZ MARTÍN, A.J. y RODRIGUEZ GARCÍA, N, *Guía bibliográfica de derecho procesal*, Tórculo Ediciones, Santiago de Compostela, 2005.

- “Premisas constitucionales para la redacción de una nueva L.E.CRIM”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 8, 2004.

- “Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 7, 2003.

- “Primeras reflexiones sobre la Ley de medidas urgentes de reforma procesal”, *La Ley*: Nº 1, 1993.

PÉREZ GORDO, “Naturaleza y funciones del Ministerio Fiscal en la Constitución y Estatuto Orgánico de 1981”, en *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1991.

- *Los derechos humanos, significación, Estatuto Jurídico y sistema*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1979.

PÉREZ MACHÍO, *El tratamiento jurídico-penal de los menores infractores –LO 8/2006- (Aspectos de derecho comparado y especial consideración del menor infractor inmigrante)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

PÉREZ MARTELL, R., *El proceso penal del menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor*, Editorial Aranzadi, 2002.

PÉREZ SÁNCHEZ, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos, Secretarios Judiciales*, No. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

PÉREZ VITORIA, *La minoría penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1940.

PERIS GÓMEZ, *Juez, Estado y derechos humanos*, Fernando Torres Editor, Valencia, 1976.

PERIS RIERA, “El modelo de mediación y reparación en el nuevo marco de la responsabilidad penal de los menores previsto por la Ley Orgánica 5/2000”, *La Ley*, Año XXII, No. 5250, Madrid, 2001.

PESSAGNO, R y BERNARDI, H., *Temas de historia penal*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1953.

PICO I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997.

- “Nuevas reflexiones sobre la regla “Quien instruye no puede juzgar”, *Justicia*, No. 3-4, 1999.

PINTADO MARRERO, “Diligencias preliminares y aspectos de la instrucción del expediente”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

PIÑA Y PALACIOS, *Derecho procesal penal*, Editorial Botas, México, 1948.

PIQUÉ VIDAL, J; RIFÁ SOLER J; VAILS GOMBAU; J y SEVRA LLUVIA L., “*El proceso penal práctico*”, Editorial La Ley, Madrid, 1990.

PLANCHADELL GARGALLO, *El derecho fundamental a ser informado de la acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.

POLO RODRÍGUEZ, “Organización y estructura del Ministerio Fiscal. Fiscalías de T.S.J. y Fiscalías provinciales. Destacamientos. Organización de las Fiscalías. Reparto de funciones. Especialización. Acceso, en el Consejo Fiscal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

POLO RODRÍGUEZ, J y HUÉLAMO BUENDÍA, A, *La nueva Ley penal del menor*. Editorial Colex, 2001.

PORRES ORTÍZ DE URBINA, “Medidas cautelares en el orden penal”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. III, Madrid, 2003.

PORTE PETIT MORENO, L., “El Ministerio Público y su misión contemporánea”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo XLIII, Nos. 189-190, Universidad Nacional Autónoma de México, México, Mayo-Agosto, 1993.

PRIETO-CASTRO Y FERNÁNDEZ, L., “El Ministerio Fiscal en Europa”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 1, 1977.

PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, Editorial Colex, Madrid, 1994.

PUYOL MONTERO, GENEROSO HERMOSO, MUÑOZ FERNÁNDEZ, *Manual práctico de doctrina Constitucional en materia de asistencia letrada y postulación*, Editorial Edigener, Madrid, 1992.

QUERALT JIMÉNEZ, “La asistencia letrada al detenido”, *Ateler Penal*, Barcelona, 1999.

QUINTERO OLIVARES, *Manual de derecho penal*, Parte General, con colaboración de MORALES PRATS y PRATS CANUT, Editorial Aranzadi, Elcano, 2002.

RAGGI y AGEO, *Criminalidad juvenil y defensa social*, Tomo I, Editorial Cultura. S.A. Habana, 1937.

RAINER HOFMANN, *Die Bindung, Staatlicher Macht, Rechtsstaatlichkeit in Europa*. s/f.

RAMM TH, *Der Wandel der Grundrechte und der Freiheitliche Soziale Rechtsstaat*, JZ, 1972.

RAMON FERNÁNDEZ, F., “Notas sobre el proyecto de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Revista General de Derecho*, Octubre-Noviembre, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal*, Editorial José María Bosch. S.A., Barcelona, 1991.

RENDÓN HUERTA BARRERA, T., “La defensoría de oficio en materia administrativa en el Estado de Guanajuato”, *Investigaciones Jurídicas*, Vol. X, No. 68, Universidad de Guanajuato, México, Enero-Junio, 2000.

REVERÓN PALENZUELA, “La contradicción procesal como garantía de derecho de defensa en la llamada fase intermedia del proceso penal por delito”, *La Ley*, No. 4572-4573, 1998.

REY MARTÍNEZ, “Gobierno, administración y Ministerio Fiscal”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

RIO FERNÁNDEZ, “Constitución y principios del procedimiento penal: Contradicción, acusatorio y presunción de inocencia”, *Revista General de Derecho*, No. 576, 1992.

RIOS CABRERA, “La conformidad conjunta con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal”, *La Ley*, Año XIX, No. 4582, Madrid, 1998.

RÍOS ESPINOSA, C., “Grupos vulnerables y derecho penal: El caso de los menores infractores”, en *Bien Común y Gobierno*, Año 4, No. 47, México, Octubre, 1998.

RIOS MARTÍN y SEGOVIA BERNABÉ, “La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores. Cambio de paradigma: Del niño en peligro al niño peligroso”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

RITTER, “El Ministerio Fiscal alemán. Naturaleza. Funciones. Sus relaciones con los demás Poderes del Estado”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

RIVERA FERNÁNDEZ, M., “Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica al Menor”, *Revista General de Derecho*, Año LII, No. 621, Junio 1996.

RIVERA SILVA, *El procedimiento penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1977.

RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

RIVES SEVA, A., *La prueba en el proceso penal*, Editorial Aranzandi, S.A, 1999.

RODRÍGUEZ BAHOMONDE y RODRIGUEZ BALEO, *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Derechos fundamentales y garantías individuales en el proceso penal. Nociones básicas. Jurisprudencia*, Granada, 2000.

- “El secreto de sumario como límite al derecho a la libertad de expresión”, en *Criminalidad, Medios de Comunicación y Procedimiento Penal*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2000.

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal español*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ MANZANERA, L., *Criminalidad de menores*, Editorial Porrúa, México, 1997.

RODRÍGUEZ MESA, M., “El menor como delincuente. Cuestiones criminológicas”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RODRÍGUEZ RAIMUNDEZ, “Notas sobre la presunción de inocencia”, *Revista del Poder Judicial*, No. 39, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, “El imputado en el proceso penal”, *La Ley*, No. 5218, 2000.

RODRÍGUEZ SOL, M., “El Fiscal ante la reforma del proceso penal juvenil”, *Revista del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, número 6, 1999.

RODRÍGUEZ TIRADO, A., “Elementos objetivos y subjetivos”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ROJO URRUTÍA, “El Fiscal. Defensor de los derechos del ciudadano”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, No. 3, Madrid, 1987.

ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Tomo I y II, Madrid, 1983.

ROSSNER DIETER; “El derecho penal de menores en Alemania con especial consideración de los adolescentes”, en *Legislación de Menores en el Siglo XXI: Análisis de Derecho Comparado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 1999.

ROXIN, “Die Reform der Hauptverhandlung in deutschen StrafproceB”, en *Prbleme der TrafprozeBreform*, Berlín, 1975.

- “Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público”, en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1993.

- *Strafverfahrensrecht*, 22ª. Ed. C.H. Beck, Munchen, 1991.

RUIZ GUTIÉRREZ., “Algunas ideas sobre el Ministerio Público en España”, *Revista de Derecho Procesal*, 1952.

RUIZ PÉREZ, “Garantías constitucionales y Poder Judicial”, *La Ley*, No. 1, Madrid, 1983.

- “Interpretación judicial y jurisprudencia de principios”, *Revista del Poder Judicial*, No. 3, 1982.

RUIZ RODRÍGUEZ, L., “Responsabilidad civil de los menores”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

RUIZ VADILLO, E., “Consideraciones sobre la naturaleza del Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho Judicial*, Año I, No. 2, Abril-Junio, 1960.

- *El derecho penal sustantivo y el proceso penal: Garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia*, Madrid, 1997.

- “El principio acusatorio”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 1, 1995.

- *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Madrid, 1994.

- *Estudios de derecho procesal penal*, Editorial Comares, Granada, 1995.

- “Las garantías del proceso. Presupuesto del tratamiento del delincuente”, *Revista del Poder Judicial*, No. 25, 1992.

SAAVEDRA ROJAS, E., “Derecho a la defensa”, en *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Vol. XVII, No. 56, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Mayo-Agosto, 1995.

SABATER TOMAS, A., *Los delincuentes jóvenes*, Editorial Hispano Europea, Barcelona, España, 1967.

SAEZ GONZALEZ. “Imparcialidad y situaciones de contaminación en la nueva Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.

SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, Parte General, Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

SAINZ MORENO, “El Ministerio Fiscal y el principio de legalidad”, *Revista de Administración Pública*, No. 108, 1985.

SAINZ ROBLES RODRIGUEZ y ALBARCAR LÓPEZ, “El derecho a la prueba”, *Revista Jurídica Española La Ley*, No. 4, 1982.

SAINZ RUIZ, “Principio acusatorio en la fase de investigación. Hacia un Fiscal instructor”, *Revista General de Derecho*, No. 667, 2000.

SALADO OSUNA, “Algunas reflexiones sobre la opinión consultiva 17 (28 de agosto de 2002) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a la condición jurídica y derechos humanos del niño”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002.

SALIDO VALLE, “La detención del menor de edad penal”, *Justicia*, No. 1, 1990.

- “La detención en la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. I, 2001.



SÁNCHEZ BARRIOS, M.I.; “El sobreseimiento en la reforma del proceso penal: Quiebra de la imparcialidad”, en AA.VV, *La Reforma del Proceso Penal. II, Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid 1990.

- “Independencia judicial e imparcialidad. Su Regulación en España y en las Constituciones Latinoamericanas”, *Revista Verba Iustitiae*, Vol. 6, Argentina, 1998.

- *La impugnación de elecciones a representantes de los trabajadores: El procedimiento arbitral y los procesos especiales*, Ratio Legis, Librería Jurídica, Salamanca, 2006.

- “Sobreseimiento e imparcialidad”, *Justicia*, No. 4, Libertis Bosch, 1990.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *Antecedentes y nuevo enjuiciamiento de menores*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1999.

SÁNCHEZ OBREGON, *Menores infractores y derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 1995.

SÁNCHEZ PÉREZ, “Nociones y principios generales de la Ley 5/2000”, en *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

SÁNCHEZ SANDOVAL, J., “Criterios en torno a la aplicación de la Ley en materia de menores infractores”, en *Criminalia*, Año LXVII, No. 3, Editorial Porrúa, México, Septiembre-Diciembre, 2001.

SANCHÍS CRESPO, “¿El Ministerio Fiscal independiente?”, *Revista General de Derecho*, No. 610-611, 1995.

- “El Ministerio Fiscal y el reconocimiento de hechos”, *Revista de Derecho Procesal*, No.1, 1996, pág. 83.

- “El Ministerio Fiscal y la conformidad de los arts. 791.3 y 793.3 de la L.E.Cr”, *Revista de Derecho Procesal*, No.2, 1995.

SANTAOLALLA LÓPEZ, “Ministerio Fiscal, Gobierno, y Parlamento (En torno a la posición Constitucional del Ministerio Fiscal)”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

SANTOLARIA FERNÁNDEZ, “Las medidas cautelares personales en la LO 4/1992 de 5 de junio Sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores”, *Revista del Poder Judicial*, No. 48, 1997.

SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2002.

SEBASTIÁN OTONES, “La instrucción penal en el nuevo procedimiento de menores”, *La Ley*, Año XXII, No. 5371, Madrid, 2001.

SENA MEDINA, “El Ministerio Fiscal y la Ley Orgánica sobre la Responsabilidad Penal de los Menores”, en *La Protección de los Menores. Derechos y Recursos para su Atención*, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

SEOANE CACHARRÓN, “El Secretario como integrante funcional del órgano jurisdiccional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, No. 2 y 3, 1978, págs. 573-648.

- “El Secretario Judicial y las garantías constitucionales del derecho a un proceso debido”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1988, págs. 69-113.

- “Hacia una moderna configuración de las actividades jurisdiccionales del Secretario en la Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de Julio de 1985, en “*Poder Judicial*, No. 3, 1986, págs. 53-58.

SERRA DOMÍNGUEZ, “El Ministerio Fiscal”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 3-4, 1979.

SERRANO GÓMEZ, “La condición del imputado en el proceso penal”, *La Ley*, No. 4843, 1999.

SERRANO MASIP, “La intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal de menores”, en *Modernización de la Justicia en España*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2003.

SICILIA CANO, “La orientación por el equipo técnico de las medidas previstas en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores”, *Anuario de Justicia de Menores*, No. II, 2002.

SILVA, A., *Defensa en juicio*, Enciclopedia Jurídica Omeba, T. IV.

SOBRÓN OSTOS, “La fase intermedia en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (Artículos 32 a 34)”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

- “La protección del menor en el proceso penal, en actuaciones del Juzgado de Guardia en relación con los derechos fundamentales”, *Estudios Jurídicos Cuerpo de Secretarios Judiciales*, Vol. I, Madrid, 2001.

SOLDADO GUTIÉRREZ, “El derecho del detenido a la asistencia letrada”, *Justicia*, No. 111, 1989.

SOLÍS QUIROGA, H., *Justicia de menores*, Editorial Porrúa, México, 1986.

- “Tratamiento de menores infractores”, *Criminalia*, Año XLV, Nos. 1-3, Editorial Porrúa, México, D.F., Enero- Marzo, 1979.

SORIANO IBAÑEZ, “El Principio de oportunidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

SOTO NIETO, “Procedimiento abreviado. Conformidad del acusado con el escrito de acusación. Supuestos de conformidad”, *La Ley*, No. 4801, 1999.

STAMPA BRAUN, “Los derechos de la defensa y los límites de su ejercicio”, *Revista del Poder Judicial*, No. 14. 1985.

STIPPEL y MARCHIJO, *Principio de oportunidad y salidas alternativas al juicio oral en América Latina*, Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 2002.

TAPIA PARREÑO, “La sentencia, los recursos y la reforma en materia de planta judicial y personal en la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (Títulos quinto y sexto. Artículos 38, 39, 40, 41 y 42)”, en *justicia de menores: Una justicia mayor. Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad de Menores*, Madrid, s/f.

TERRADILLOS BASOCO, J., “Introducción a la teoría general del delito”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- “Responsabilidad penal de los menores”, en *Menores. Responsabilidad Penal y Atención Psicosocial*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

THOMPSON, J, “Derechos humanos, garantías fundamentales y administración de justicia”, *Revista del Poder Judicial*, No. Especial X, 1986.

TOHARÍA, “La imagen del Ministerio Público en la sociedad”, *Cuaderno de Derecho Público*, No. 16, 2002.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal en la Monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1978.

TOME GARCÍA, J., “Conformidades. Celebración de la audiencia”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2002, Ministerio de Justicia, Madrid, 2002.

- *El procedimiento penal del menor tras la Ley 38/2002 de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2003.

- “Imputación, derecho de defensa y secreto del sumario”, *Revista de Derecho Procesal*, No. 1, 1999.

TORRALBA BAYO, “Comentarios prácticos a la determinación y aplicación de medidas LO 5/2000”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. I-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

TORRES ANDRES, “La jurisdicción de menores y su competencia. Fase de audiencia. El control jurisdiccional de la ejecución. El control del régimen sancionador”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

TORRES-DULCE LIFANTE, “El Ministerio Fiscal y los poderes públicos: Autonomía y responsabilidad”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI- 2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

TORRES GÁMEZ, A., “El proceso reeducador en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM)”, *Revista de Derecho Penal*, No. 9, Mayo, 2003.

URBANO GÓMEZ, “El concepto de incapaz del artículo 25 del nuevo Código Penal”, *La Ley*, No. 4857, 1999.

URIARTE VALIENTE, “La conformidad en el proceso penal abreviado tras la reforma de 24 de octubre de 2002”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, No. 1943, 2003.

VALERO OLTRA, R, “De los tribunales tutelares a los juzgados de menores, sistemas de tratamiento de la delincuencia de menores”, *Revista del Ministerio Fiscal*, No. 6, 1999.

VARGAS CABRERA, “Las relaciones entre las medidas de protección y la actuación del Ministerio Fiscal”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, No. VI-2000, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.

VÁZQUEZ ROSSI, J., *La defensa penal*, Editorial Rubinzal Culzoni Editores, s/f.

VEGA RUÍZ, *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Madrid, 1994.

VEGA TORRES, “Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”, *La Ley*, Madrid 1993.

VENTURA FACI, R y PÉLAEZ PÉREZ, V., *Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Editorial Colex, 2000.

VERGE GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1994.

VICENTE MARTÍNEZ, “El principio de legalidad penal”, en *Garantías Criminal, Penal, Jurisdicción y Ejecución*, Valencia, 2004.

VICITES PÉREZ, “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: Los procesos paralelos”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

VIDAL MARTÍNEZ, F., *La nueva responsabilidad penal del menor*, Editorial Economist & Jurist, 2000.

VILLANUEVA CASTILLEJA, R., “Necesidad de unificar de manera integral el tratamiento de los menores infractores”, en *Legislación Mexiquense*, No. 1, Consejo consultivo para la actualización legislación del Estado de México, México, Julio-Agosto, 2002.

VILLORO TORANZO, *Derecho público y derecho privado*, Editorial Jus, México, 1975.

VIRGA, P., *Liberta Giuridica e Diritti Fondamentali*, Giuffre, Milano, 1947.

VIVES ANTÓN, T., “Sobre la Imparcialidad del Juez y la Dirección de la Investigación Oficial del Delito, ¿Ministerio Fiscal o Juez Instructor?, La Investigación Penal a Debate”, en Teoría y Derecho, *Revista de Pensamiento Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, Junio-Diciembre, 1/2007

WALTER, M., “Kriminalitätsanstieg und kriminalpolitik”, en *Courakis, N. (Hrsg), Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis, Abteilung für Strafrechtswissenschaften, juristische Fakultät, Universität, Athen, Ant. N. Sakkoulas Verlag, 2001.

ZARAGOZA AGUADO, “Las Fiscalías especializadas y su relación con el Fiscal General del Estado”, en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, Vol. VI-2001, Ministerio de Justicia, Madrid, 2001.

ZUGALDIA ESPINAR, “Que queda en pie en el derecho penal del principio mínima intervención, máximas garantías”, *Cuaderno de Política Criminal*, No. 79. 2003.

ZULITA FELLINI., *Derecho penal de menores*, Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, s/f.