



**ANÀLISI DE DIVERSES QÜESTIONS
PROBLEMÀTIQUES QUE ES PLANTEGEN EN
LES RELACIONS ENTRE LES JURISDICCIONS
DE MAJORS I MENORS D'EDAT**

Grup de menors

Joaquín Gadea Francés

M. David García Esteban

Jesús M. Cacho Rivera

José Grau Gassó

Carmen Guil Román

Jorge Jiménez Martín

Barcelona, novembre de 2016



ÍNDIX

1r- INTRODUCCIÓ I PLANTEJAMENT, per M. David García Esteban, Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona	3
2n- ESTATUT PROCESSAL DELS COPARTÍCIPS MENORS O MAJORS D'EDAT EN UN SOL FET DELICTIU QUAN DECLAREN EN EL PROCEDIMENT PENAL EN EL QUAL, A CAUSA DE LA SEVA EDAT EN EL MOMENT DE COMETRE EL FET, NO CONSTEN COM A ACUSATS, per José Grau Gassó, Magistrat de la Sección Tercera Penal de l'Audiència Provincial de Barcelona.....	6
3r- INTERFERÈNCIA DE PROCEDIMENTS: REPETICIÓ DE DECLARACIONS. INCIDÈNCIA ESPECIAL DE L'ESTATUT DE LA VÍCTIMA DEL DELICTE, per Carmen Guil Román, Magistrada de la Secció Vint-i-unena Penal de l'Audiència Provincial de Barcelona...	15
4t- EL SISTEMA DE DOBLE ENJUDICIAMENT I LA SEVA PROBLEMÀTICA, AMB REFERÈNCIA ESPECIAL A L'AFECTACIÓ DE DRETS FONAMENTALS, per Jesús M. Cacho Rivera, Magistrat del Jutjat de Menors Únic de Tarragona, i M. David García Esteban, Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona	24
5è- LES RELACIONS DEL JUTJAT D'INSTRUCCIÓ AMB ELS JUTJATS DE MENORS, per Joaquín Gadea Francés, Magistrat del Jutjat d'Instrucció número 1 de Tarragona	37
6è- REFERÈNCIA ESPECIAL A LA NOVA CONFIGURACIÓ DEL DEFENSOR JUDICIAL EN CAS DE CONFLICTE D'INTERÈS AMB EL MENOR (SUPÒSITS PARADIGMÀTICS DE VIOLÈNCIA FILIOPARENTAL). LA SENTÈNCIA 699/2014, DE 28 D'OCTUBRE, DE LA SALA SEGONA DEL TRIBUNAL SUPREM, per Joaquín Gadea Francés, Magistrat del Jutjat d'Instrucció número 1 de Tarragona	49
7è- PROBLEMÀTICA DE LA RESPONSABILITAT CIVIL <i>EX DELICTO</i> EN EL SISTEMA DE DOBLE ENJUDICIAMENT, per Jorge Jiménez Martín, Magistrat. Director del Servei de Selecció i Formació Inicial de l'Escola Judicial	65
8è- LES RELACIONS ENTRE ELS JUTJATS DE VIGILÀNCIA PENITENCIÀRIA I ELS JUTJATS DE MENORS, per M. David García Esteban, Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona.....	72
9è- VIOLÈNCIA DE GÈNERE COMESA PER MENORS D'EDAT SUBJECTES A LA LORPM I PROBLEMÀTICA QUE SE'N DERIVA, per M. David García Esteban, Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona	77
10è- CONCLUSIONS	85

1r- INTRODUCCIÓ I PLANTEJAMENT

M. David García Esteban

Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona

Magistrat especialista de menors

Si observem l'ordenament jurídic penal espanyol vigent (substantiu i processal), podem extreure la conclusió que hi ha dos criteris generals subjacents: d'una banda, conductes referides a un subjecte actiu major d'edat; de l'altra, la individualitat en les conductes típiques contemplades.

Respecte de la *majoria d'edat*, és així atès que les conductes típicament antijurídiques les recull (gairebé en la seva totalitat) la Llei orgànica 10/1995, de 23 de gener, del Codi penal, que s'aplica a totes les persones, si bé d'acord amb el que estableix l'art. 19 del Codi penal:

«Els menors de divuit anys no són responsables criminalment d'acord amb aquest Codi. Quan un menor de l'edat esmentada cometi un fet delictiu pot ser-ne responsable d'acord amb el que disposa la llei que reguli la responsabilitat penal del menor.»

Per tant, els menors de 18 anys poden ser responsables (de fet, ho són), però d'acord amb la llei que reguli la seva responsabilitat específica, que, en aquest cas, és la **Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.**

Amb això, es va instaurar en el nostre ordenament l'anomenat *sistema de responsabilitat dels menors*, de manera que aquests, per la comissió d'accions típicament antijurídiques, són igualment responsables que els adults, tot i que la responsabilitat derivada no és pròpiament la que estableix el Codi penal (aplicable als majors de 18 anys i amb els principis específics que preveu l'art. 25 de la Constitució espanyola pel que fa a la finalitat de les penes imposables), sinó la que preveu específicament la seva llei i que respon principis educatius i de resocialització inspirats en l'«**interès superior del menor**» com a exigència derivada de la normativa assumida per Espanya específicament en la **Convenció sobre els Drets de l'Infant de 20 de novembre de 1989** (Instrument de ratificació del 30 de novembre de 1990; publicat al BOE núm. 313, de 31 de desembre de 1990, amb vigència des del 5 de gener de 1991).

D'altra banda, pel que fa al segon criteri a què fèiem referència, el dret positiu espanyol s'assenta i s'organitza sobre la base de la criminalitat individual, la qual cosa explica que els supòsits de coparticipació i criminalitat organitzada generalment tinguin respostes poc eficaces i/o inadequades per a afrontar-los, si bé les últimes reformes processals operades en la Llei d'enjudiciament criminal tracten de donar millor resposta a aquests supòsits amb la nova regulació de la connexitat i les peces separades, entre altres novetats (Llei orgànica 13/2015, de 5 d'octubre, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'enfortiment de les garanties processals i la regulació de les mesures d'investigació tecnològica, i la Llei 41/2015, de 5 d'octubre, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'agilitació de la justícia penal i l'enfortiment de les garanties processals).

No obstant això, en la pràctica diària dels òrgans jurisdiccionals penals d'adults i de menors s'observa una diversitat de supòsits (no únicament, però sí molt sovint, en delictes de robatori i delictes de naturalesa sexual) en què hi ha hagut dos o més intervinents dels quals almenys un és menor d'edat i almenys un altre major d'edat.

Per a aquests supòsits, el nostre ordenament ha escollit un sistema de separació absoluta de jurisdiccions, cosa que reflecteix l'**art. 16.5 LORPM**: «**Quan els fets esmentats a l'article 1 els hagin comès conjuntament majors d'edat penal i persones de les edats indicades al mateix article 1, el jutge d'instrucció competent per al coneixement de la causa, tan aviat com comprovi l'edat dels imputats, ha d'adoptar les mesures necessàries per assegurar l'èxit de l'activitat investigadora respecte als majors d'edat i ordenar remetre testimoni dels particulars necessaris al ministeri fiscal, als efectes que preveu l'apartat 2 d'aquest article**».

Aquesta separació per raó de la majoria/minoria d'edat del subjecte actiu de la conducta delictiva és adequada tenint en compte la diversitat de criteris inspiradors que regeixen per a un grup o l'altre (com s'ha indicat), però moltes vegades planteja alguns problemes d'articulació que s'han manifestat de manera molt cridanera en determinats (i molt desgraciats i tristos) casos que han tingut gran repercussió en mitjans de comunicació social, i que es manifesten també en supòsits més ordinaris.

En aquest sentit, el procés de menors està presidit per la singularitat del subjecte al qual va destinat, un menor d'edat –és a dir, una persona que no ha fet els 18 anys i que es troba en ple procés d'evolució i canvi–, i per la finalitat d'aconseguir la seva maduresa com a adult, i això explica moltes de les especialitats que presenta aquest procés: la necessitat de celeritat; la protecció dels drets i les garanties d'una persona en una situació de vulnerabilitat especial; la confidencialitat de les dades de l'expedientat; la finalitat educativa del judici; la presència dels representants legals en el procés; la utilització d'un llenguatge comprensible i entenedor per al menor; la utilització de mesures privatives de llibertat només com a últim recurs; etc. Aquestes finalitats, juntament amb el fet que els menors tenen més facilitat per reinserir-se i reeducar-se atès que es troben en el procés de formació personal, configuren un *procés especial substancialment diferent de l'establert tradicionalment com a procés penal d'adults*. Aquestes finalitats han estat referides i ratificades recentment per la **Directiva Europea 2016/800, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2016**, relativa a les garanties processals dels menors sospitosos o acusats en els processos penals, que ha de ser implementada en el dret intern en els aspectes en què encara no ho estigui.

És cert que hi ha veus que han plantejat la possibilitat que no hi hagi aquesta diferenciació, cosa que, sens dubte, ofereix alguns **avantatges pràctics**, i, en aquest sentit, seguint les conclusions a què va arribar el Seminari de Codelinquència Majors-Menors, organitzat pel Servei de Formació Contínua del Consell General del Poder Judicial durant els dies 17 a 19 d'octubre de 2012, serien:

- a) afavorir l'economia processal;
- b) estalvi de costos;
- c) evitar la doble victimització;
- d) facilitar l'exercici de l'acusació particular;
- e) prevenir efectes perversos de contaminació d'un procés a l'altre;
- f) evitar la distorsió i la duplicitat de diligències instructores;
- g) impedir la qualificació diferent d'un mateix fet i la possibilitat de decisions contradictòries;
- h) donar un tractament adequat a la coparticipació, l'encobriment, etc.;
- i) apreciar la possible concurrència de culpes;
- j) donar un tractament unitari a la responsabilitat civil.

No obstant això, també presenta desavantatges substancials:

- a) la incompatibilitat o, com a mínim, la molt difícil articulació amb l'interès superior del menor;
- b) els diferents temps de tots dos processos, amb la possible afectació de la rapidesa i l'agilitat pròpies i necessàries en el procés penal de menors per tal que transcorri tan poc temps com sigui possible entre la comissió del fet i la mesura judicial;
- c) la possible vulneració dels drets i les garanties processals del menor incompatibles amb un procés d'adults;
- d) el risc d'etiquetatge i estigmatització penal per al menor i la infracció de la confidencialitat de les seves dades personals;
- e) la necessitat de protecció dels menors internats i l'allargament de la seva situació de privació de llibertat per raó de l'extensió en la instrucció de la causa;
- f) l'oblit de la necessitat de substanciar els procediments en un ambient de comprensió que compleixi la finalitat educativa del procés;
- g) el possible gir cap a un dret penal juvenil més punitiu, que necessitaria d'una reforma legislativa i orgànica important que, que si no respecta els principis bàsics del mateix dret penal juvenil, podria convertir-se en un retrocés moral i jurídic;
- h) la contravenció de normativa i recomanacions internacionals sobre menors infractors.

Sigui com sigui, la veritat és que el nostre sistema vigent es basa en aquella separació dràstica i completa, i això, de vegades, genera problemes d'articulació.

L'objecte d'aquest grup de treball ha estat examinar i tractar les qüestions problemàtiques que se susciten per la coexistència d'aquestes normatives i, al seu torn, oferir solucions d'articulació per obtenir més eficàcia del servei públic de justícia i alhora garantir els drets fonamentals i els drets reconeguts als intervinents en els procediments, especialment després de l'entrada en vigor de l'Estatut de la víctima del delictes, introduït per la **Llei 4/2015, de 27 d'abril**, que ha apuntat determinades especialitats quan es tracta concretament de menors i, addicionalment, en supòsits de delictes relacionats amb la violència de gènere i/o contra la llibertat i la indemnitat sexuals.

Igualment, tenint en compte aquesta coexistència d'òrgans, s'analitzen també algunes qüestions de relació (conflictes de competències) entre ells.

D'aquesta manera, s'analitzen, des d'un punt de vista pràctic però sense abandonar el rigor doctrinal, el tractament de les declaracions que hagin de prestar menors en procediment d'adults, i viceversa, tant en seu d'instrucció com d'enjudiciament (condició que se li atribueixi, drets que es reconeguin, efectes, articulació...); la problemàtica de la doble victimització i propostes per a la seva evitació; la vinculació entre resolucions de les dues jurisdiccions. En el mateix sentit, es tracten d'una manera específica les qüestions més relacionades amb l'afectació de drets fonamentals (coordinació entre intervinents: policia, Fiscalia, jutjats); els efectes de diligències disposades en un procediment en relació amb un altre en diligències concretes; la problemàtica que es genera en el tractament de la responsabilitat civil *ex delicto* en les diverses fases del procediment (instrucció, enjudiciament, execució); i finalment, com s'ha apuntat, la relació existent entre diversos òrgans enquadrats en la jurisdicció d'adults i els de menors (jutjats d'instrucció, jutjats de vigilància penitenciària, jutjats de violència sobre la dona).

2n- ESTATUT PROCESSAL DELS COPARTÍCIPS MENORS O MAJORS D'EDAT EN UN SOL FET DELICTIU QUAN DECLAREN EN EL PROCEDIMENT PENAL EN EL QUAL, A CAUSA DE LA SEVA EDAT EN EL MOMENT DE COMETRE EL FET, NO CONSTEN COM A ACUSATS

José Grau Gassó

Magistrat de la Secció Tercera Penal de l'Audiència Provincial de Barcelona

A) La primera qüestió és determinar quin és el règim de la declaració del coimputat ja jutjat en l'enjudiciament d'un altre coacusat, la de coacusat pròpiament dit o la de testimoni

Aquest problema es planteja sovint en els processos d'adults en què es pren declaració al copartípic en els fets menor d'edat, que normalment ja deu haver estat enjudiciat per la jurisdicció de menors, atès que aquesta jurisdicció sol actuar amb més celeritat que la jurisdicció d'adults, tot i que no es pot descartar que en alguna ocasió també es pugui plantejar quan, en enjudiciar un menor d'edat, se sol·liciti l'interrogatori o la declaració testifical del copartípic major d'edat.

Amb relació a aquesta qüestió, cal tenir en compte l'**Acord del Ple no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem de data 16 de desembre de l'any 2008**, en què es va acordar que la persona que ha estat jutjada per uns fets i posteriorment ha de declarar sobre aquests mateixos fets en el judici d'un altre imputat, declara en el plenari com a testimoni i, per tant, el seu testimoni ha de ser valorat en termes racionals per determinar-ne la credibilitat.

Aquest acord es va reflectir immediatament en la **Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem núm. 7/2009, de data 7 de gener de l'any 2009**, en la qual es planteja aquesta qüestió de manera frontal i s'analitzen les conseqüències que es deriven d'optar per una postura o per l'altra, i es destaca que «la declaració del coimputat exigeix corroboracions per poder valorar-les i determinar-ne la credibilitat ja que, en cas contrari, és insuficient per provocar la caiguda de la presumpció d'innocència quan és prova única, si, per contra, es tracta d'un testimoni, la seva declaració ha de ser valorada –motivadament– pel Tribunal amb vista a determinar-ne la credibilitat però sense que, ab initio, la declaració sigui “intrínsecament sospitosa”, com es diu en la jurisprudència del Tribunal Constitucional –STC 68/2002 de 21 de març en relació amb la declaració del coimputat–, ni, per tant, sigui ab initio insuficient per provocar la caiguda de la presumpció d'innocència». En el mateix sentit i en un moment posterior, la mateixa sentència reconeix que per poder valorar la declaració del coimputat cal integrar la seva suficiència amb les corroboracions i verificar la credibilitat de la persona que ha estat interrogada, en tant que testifical, si és única, és en si mateixa prova suficient per fundar la condemna, i només se n'exigeix una motivació adequada per acreditar la credibilitat del testimoni, la qual cosa es pot verificar des de la triple perspectiva de: a) absència d'incredibilitat subjectiva, b) versemblança i c) persistència.

Aquesta sentència conté un vot particular disconforme amb el criteri de la majoria, que assenyala que no es pot enervar la presumpció d'innocència en virtut de la declaració d'un coimputat que ha estat condemnat prèviament si en la vista del judici posterior contra un altre coacusat és coaccionat pel tribunal, que li adverteix, com no pot ser d'una altra manera si adquireix l'estatus de testimoni, que pot incórrer en responsabilitat penal si es nega a declarar o si declara inversament. D'altra banda, no és procedent que en aquests casos no es requereixi cap element

de corroboració externa, ja que la sinceritat d'un penat potencialment pot estar afectada per la consecució eventual de beneficis dependents del sentit de la seva declaració.

La mateixa qüestió ja la va analitzar la **Consulta 1/2000, de 14 d'abril, de la Fiscalia General de l'Estat**, en què s'arribava a conclusions molt més matisades que les que es deriven de l'acord no jurisdiccional esmentat.

Efectivament, en aquesta Consulta, la Fiscalia General de l'Estat arriba a les conclusions següents:

«Primera.- La declaració de qui ja ha estat enjudiciat, quan pretengui ser utilitzada com a prova en l'enjudiciament dels altres acusats, ha de ser practicada en l'acte del judici oral que se celebri per a aquests. No és admissible, a l'efecte de la seva valoració probatòria, l'aportació de la sentència de conformitat o de l'acta del judici anterior que contingui aquella declaració. No obstant això, quan hi hagi raons que facin impossible fer la declaració del ja enjudiciat en l'acte del judici que s'hagi de celebrar per als altres acusats, es podrà fer valer aquella declaració, per la via de l'art. 730 LECrim, si es va dur a terme anteriorment de manera que hi quedessin garantits els drets de totes les parts. Segona.- La declaració del ja enjudiciat en el judici ulterior per a altres partícips ha de ser proposada com a mitjà de prova. No obstant això, l'ús de la fórmula "interrogatori dels acusats" en l'escrit d'acusació o de conclusions provisionals conjunt s'ha d'entendre com a proposta de prova vàlida, que no cal reiterar, encara que pugui ser útil o convenient fer-ho, pel fet que l'enjudiciament s'hagi desenvolupat fraccionadament per a aquells. Tercera.- La incompareixença injustificada del ja enjudiciat que sigui degudament citat a prestar declaració en el judici oral per als restants, dona lloc a les conseqüències que estableix el nostre ordenament jurídic per a la incompareixença dels testimonis. Quarta.- Qui ja ha estat enjudiciat conserva en la seva declaració ulterior el dret a no declarar, a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable; i, d'altra banda, està exclòs de l'obligació de fer el jurament o la promesa de dir la veritat. Cinquena.- El règim valoratiu de la declaració del ja enjudiciat prestada en el judici per a la resta de partícips ha de ser el que s'atorga a les declaracions dels coimputats i no el propi de les declaracions dels testimonis. Sisena.- És aplicable a les declaracions dels ja enjudiciats la regla que preveu l'art. 704 LECrim. Setena.- L'enjudiciat que resulti absolt i presti declaració en el judici oral ulterior per a la resta d'acusats té dret a la indemnització que preveu l'art. 722 LECrim».

Al nostre parer, l'acord no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem i la Sentència del Tribunal Suprem núm. 7/2009 parteixen d'una premissa discutible, consistent en el fet que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la valoració de la declaració del coacusat es refereix a la persona que en el moment que és enjudiciada està acusant també i simultàniament un altre o uns altres com a intervinents en els mateixos fets, en una unitat d'acte; però la veritat és que el Tribunal Constitucional ha exigint que la declaració del coimputat estigui corroborada per altres proves en supòsits en què aquest coimputat ja havia estat jutjat prèviament.

En aquest sentit, és paradigmàtica la **Sentència del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, de data 1 de desembre de l'any 2003**, en què un menor al qual se li havia imputat la comissió d'un delictes de robatori comès amb altres persones majors d'edat va reconèixer els fets en l'atestat policial i en presència del Ministeri Fiscal, però els va negar en presència del jutge de menors i del jutge instructor que coneixia del mateix delictes comès pels majors d'edat. Pel que fa a allò que ens interessa ara, és patent (encara que la sentència no ho diu expressament) que, quan es va celebrar el judici dels adults, el procediment incoat contra el menor, ja havia acabat, i cal destacar que el menor va ser citat com a testimoni en el judici celebrat contra els adults i que

el Tribunal Constitucional, encara que no qüestiona la condició de testimoni del menor, dedica un fonament jurídic (el setè) a analitzar si, a part de la declaració prestada pel menor en presència del Ministeri Fiscal, hi ha algun altre element de corroboració. Cal dir que per al Tribunal Constitucional la qüestió rellevant no és si la persona que presta declaració té l'estatut de testimoni o d'imputat, sinó que centra l'atenció en el fet que se li atribueixi la qualitat de copartícip en els fets que són objecte d'enjudiciament. Atès el seu interès, transcrivim aquí el contingut literal del fonament jurídic setè de la sentència: «Ara bé, com que es tracta del testimoni d'un coimputat o, més precisament, d'un copartícip en els fets, la seva validesa com a prova de càrrec estaria subordinada –d'acord amb la nostra jurisprudència– a l'existència d'una mínima corroboració, sense la qual no es pot parlar de base probatòria suficient per desvirtuar la presumpció d'innocència (STC 157/1997, de 29 de setembre, FJ 6 EDJ 1997/6370; 49/1998, de 2 de març, FJ 5 EDJ 1998/2928; 115/1998, d'1 de juny, FJ 5 EDJ 1998/14947; 68/2001, de 17 de març, FJ 5 EDJ 2001/1268; 155/2002, de 22 de juliol, FJ 11 EDJ 2002/27981), exigència que es pot considerar complerta en aquest cas, atès que la Sentència d'instància cita com a elements de corroboració la possessió pels acusats de ciclomotors similars als que es van usar en l'atracament i que el recurrent va pintar-ne el seu d'un altre color, sens dubte perquè no fos reconegut».

És cert que en l'àmbit de la jurisdicció penal s'han dictat moltes resolucions judicials que, sense tenir en compte la doctrina que es desprèn de la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, han atribuït la qualitat de testimoni al menor que ja ha estat condemnat en la jurisdicció de menors i que ha de prestar declaració en el procediment que se segueix contra els coimputats majors d'edat pels mateixos fets pels quals ja ha estat condemnat. Així és el que fa la coneguda Sentència núm. 1/2012 de la Secció Setena de l'Audiència Provincial de Sevilla, que va decidir deduir testimoni de les declaracions fetes en el judici oral per qui ja havia estat condemnat en la jurisdicció de menors, entenent que podrien ser constitutives d'un delictes contra l'Administració de justícia.

Però creiem que aquestes resolucions són contràries a la doctrina que estableix el Tribunal Constitucional en les sentències núm. 111/2011 i 126/2011 (recursos d'empara promoguts per José María Rodríguez Colorado i Rafael Vera Fernández-Huidobro), en què es va pronunciar de manera expressa en contra de l'Acord adoptat pel Ple no jurisdiccional de la Sala Segona del Tribunal Suprem en data 16 de desembre de l'any 2008.

Efectivament, en aquestes resolucions el Tribunal Constitucional és concloent quan afirma que:

«Sense que es pugui afirmar que en aquest cas no és aplicable la doctrina referida sobre la necessitat d'aquesta corroboració de la declaració del coimputat pel fet que el senyor [L. R.], el testimoni incriminatori del qual es pondera com a element de prova per a la condemna del recurrent, no hagi estat enjudiciat en aquesta causa pel fet que ja ha estat condemnat per sentència ferma en un procediment anterior.

En efecte, la nostra doctrina considera la declaració d'un coimputat en la causa com "una prova sospitosa" (entre d'altres, STC 30/2005, de 14 de febrer, i 102/2008, de 28 de juliol), que desperta una "desconfiança intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de desembre), i per això hem anat disposant un seguit de cauteles, com ja hem dit, perquè aquesta declaració assoleixi la virtualitat probatòria, en concret "un plus probatori consistent en la necessitat d'una corroboració mínima d'aquesta declaració" (STC 142/2006, de 8 de maig). D'aquesta manera, la problemàtica d'aquest tipus de declaracions ha estat abordada per aquest Tribunal Constitucional des del transcendental aspecte de la seva credibilitat i eficàcia probatòria com a prova de càrrec per

desvirtuar el dret constitucional a la presumpció d'innocència, tenint cura de garantir els drets de l'acusat que podria ser condemnat sobre la base del contingut de les declaracions» (STS 111/2011, de 4 de juny, FJ 6).

Des d'aquesta perspectiva, la qüestió nuclear que s'ha de resoldre, d'acord amb els valors i els principis constitucionals a la preservació dels quals s'adreça la doctrina anterior, no és tant si la persona citada a declarar pel tribunal ha estat part en la causa que llavors es jutja o no, sinó si va ser partícip en els fets o no, ja que és evident que la coparticipació en el delictes (pels sentiments i els interessos que poden haver sorgit des que va ser comès) és una dada rellevant que cal tenir en compte per ponderar la credibilitat del testimoni. En conseqüència, encara que una simple concepció formal de la condició de coimputat comportaria que l'exigència de la corroboració mínima de la seva declaració que només es pogués aplicar a qui fos jutjat simultàniament en el mateix procés, és a dir, a qui té la condició formal de coacusat, cal estendre aquesta garantia de la mínima corroboració de la declaració incriminatòria també als supòsits en què aquesta declaració la faci qui va ser acusat dels mateixos fets en un procés diferent i que, per aquesta raó, compareix com a testimoni en un procés posterior en el qual es jutja una altra persona per la seva participació en la totalitat d'aquests fets o en una part, tal com passa en el cas sotmès a la nostra consideració.

Per tot això, tenint en compte l'efecte vinculant de la jurisprudència del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ), creiem que l'estatut processal que s'adequa més als diversos acusats (majors i menors d'edat) que puguin haver participat en un mateix fet delictiu és el que deriva de les conclusions a què va arribar la Fiscalia General de l'Estat en la Consulta 1/2000, de 14 d'abril.

B) Recuperació de les declaracions prestades durant la instrucció de la causa per la via que preveu l'art. 714 de la Llei d'enjudiciament criminal

En segon lloc, també es plantegen problemes específics amb relació als supòsits de recuperació de les declaracions prestades pels coimputats quan es produeix doble enjudiciament, en la jurisdicció de menors i en la d'adults, per uns mateixos fets.

És reiterada la jurisprudència del Tribunal Constitucional que destaca la transcendència de la garantia de contradicció, amb l'argument que «cap pronunciament fàctic o jurídic no pot fer-se en el procés penal si no ha estat precedit de la possibilitat de contradicció sobre el seu contingut» (STC 143/2001, de 18 de juny), atès que «el dret a ser escoltat en judici en defensa dels drets i els interessos propis és una garantia massa essencial de l'Estat de dret per matisar-lo o posar-li adjectius» (STC 144/1997, de 15 de setembre), i que arriba a la conclusió que la «possibilitat de contradicció és, per tant, una de les "regles essencials del desenvolupament del procés" (STC 41/1997, de 10 de març, 218/1997, de 4 de desembre, 138/1999, de 22 de juliol, i 91/2000, de 30 de març), que es projecta com a exigència de validesa sobre l'activitat probatòria, tant si es tracta de diligències sumarians que accedeixen al judici oral com a "prova preconstituïda" (STC 200/1996, de 3 de desembre; 40/1997, de 27 de febrer, i 94/2002, de 22 d'abril, FJ 3), com si es tracta dels supòsits en què, d'acord amb l'art. 714 LECrim, es pretén integrar en la valoració probatòria el contingut de les manifestacions sumarians del testimoni o coimputat, com si, finalment, parlem pròpiament de les manifestacions prestades en el judici oral» (STC 155/2002, de 22 de juliol, FJ 10).

De fet, el Tribunal Constitucional ha recordat en diverses ocasions la doctrina que el Tribunal Europeu de Drets Humans té elaborada entorn d'aquesta qüestió. Efectivament, aquest Tribunal «ha declarat que la incorporació al procés de declaracions que han tingut lloc en fase d'instrucció

no lesiona de cap manera els drets reconeguts en els paràgrafs 3 d) i 1 de l'art. 6 CEDH, sempre que hi hagi una causa legítima que impedeixi la declaració en el judici oral, i que s'hagin respectat els drets de defensa de l'acusat; és a dir, sempre que es doni a l'acusat una ocasió adequada i suficient de contestar els testimonis de càrrec i d'interrogar-ne l'autor quan es presten els testimonis o amb posterioritat (STEDH de 20 de novembre de 1989, cas Kostovski, § 41; 15 de juny de 1992, cas Lüdi, § 47; 23 d'abril de 1997, cas Van Mechelen i altres, § 51). Tal com ha declarat el Tribunal Europeu [...] (Sentència de 27 de febrer de 2001, cas Lucà, § 40), "els drets de defensa es restringeixen de manera incompatible amb les garanties de l'art. 6 quan una condemna es funda exclusivament o de forma determinant en declaracions fetes per una persona a qui l'acusat no ha pogut interrogar o fer interrogar ni en la fase d'instrucció ni durant el plenari" (STC 209/2001, de 22 d'octubre, FJ 4; i 148/2005, de 6 de juny, FJ 2)» (STC 1/2006, FJ 4).

En aquest sentit, hem de recordar que la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 206/2003, abans esmentada, es planteja si la declaració prestada pel menor davant del Ministeri Fiscal (instructor de la causa) pot ser recuperada pel jutge o el tribunal sentenciador per la via de l'art. 714 de la Llei d'enjudiciament criminal, i en el fonament jurídic sisè arriba a les conclusions següents:

«a) Que, encara que la declaració incriminària del menor, ara examinada, no s'ha prestat davant l'autoritat judicial, s'ha produït davant d'un òrgan públic que per exigències constitucionals exerceix les seves funcions amb subjecció als principis de legalitat i imparcialitat.

b) Que, en el procediment de menors corresponen al fiscal les actuacions d'investigació que, encara que formalment no són sumariales, des del punt de vista material impliquen una instrucció funcionalment equiparable a la del sumari, de manera que, ateses les característiques del Ministeri públic, gaudeixen de la presumpció d'autenticitat.

c) Certament, els límits subjectius de l'expedient de menors, circumscrit a la comprovació del fet i de la participació dels menors, dificulten la contradicció pel que fa als copartícpis en els fets majors d'edat, però "la doctrina d'aquest Tribunal no ha exigít que la declaració sumarial amb la qual es confronta la manifestació diferent o contradictòria prestada en el judici oral hagi hagut de ser prestada amb contradicció real i efectiva en el moment de dur-se a terme, ja que complir aquesta exigència no sempre és legalment o materialment possible. És la possibilitat posterior de confrontació en l'acte del judici oral la que compleix l'exigència constitucional de contradicció i supleix qualsevol dèficit que, d'acord amb les previsions legals, s'hagi pogut observar en la fase sumarial" (STC 155/2002, de 22 de juliol, FJ 10). En aquests termes, cal admetre l'aptitud constitucional de la declaració del menor davant el fiscal de menors per a incorporar-se per la via de l'art. 714 LECrim al patrimoni probatori que el jutge ha de tenir en compte a l'hora de formar la seva convicció, de manera que es garanteixi la triple exigència constitucional de qualsevol activitat probatòria: publicitat, contradicció i immediació.»

No obstant això, aquesta sentència conté un vot particular de dos magistrats, segons el qual no es pot predicar del Ministeri Fiscal «la independència, la neutralitat i la imparcialitat pròpies de l'òrgan judicial, ja que el Ministeri Fiscal no és tercer entre parts, tampoc en el procediment de menors, sinó un òrgan a què correspon formular acusació si entén que els fets són constitutius de delictes o falta, que, amb caràcter previ, ha de procurar-se els elements necessaris per a sostenir-la i a qui, en cap cas, no corresponia, en la pràctica de l'exploració del menor, la funció de vetllar pels drets i les garanties de tercers majors imputats en altres causes penals. Per tot això, i encara que la declaració prestada davant el fiscal gaudeixi de la presumpció d'autenticitat –art. 5 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal–, no es pot considerar equiparable a les diligències sumariales realitzades davant el jutge d'instrucció, a l'efecte de la seva incorporació al patrimoni

probatori a través dels mecanismes que preveuen els art. 714 i 730 LECrim. En efecte, ni es pot considerar prova anticipada o preconstituïda (ja que no ´se impossible reproduir-la en l'acte del judici –com ho demostra el fet que el menor comparegués en aquest acte), ni es va practicar amb la intervenció del jutge d'instrucció, ni es va garantir en el moment de la seva pràctica la possibilitat de contradicció (per totes, STC 12/2002, de 28 de gener, FJ 4), ni mitjançant la seva lectura en l'acte del judici, davant la retractació del testimoni operada en aquest acte, d'acord amb el que preveu l'art. 714 LECrim, es converteix en prova de càrrec vàlida, perquè aquesta possibilitat només és admissible constitucionalment si ens trobem davant diligències sumarians practicades amb la garantia de la "presència de l'autoritat judicial, únic òrgan que, pel fet d'estar dotat institucionalment d'independència i imparcialitat, assegura la fidelitat del testimoni i la seva eventual eficàcia probatòria" (STC 51/1995, de 23 de febrer, FJ 5)».

La posició defensada pel vot particular sembla que va tenir algun reflex en la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 30/2005, de data 14 de febrer de l'any 2005, en la qual es va estimar el recurs d'empara interposat amb l'argument que: «el reconeixement pel recurrent de la seva presència en l'escena en què van succeir els fets jutjats, sense cap altra dada, element o circumstància externa afegida, no es pot entendre que sigui mínimament corroborada, en els termes que exigeix la jurisprudència d'aquest Tribunal, la declaració del coimputat respecte de la participació de l'actor en aquests fets; especialment si es té en compte que, en aquest cas, hi concorrien circumstàncies excepcionals que, tal com ja ha indicat recentment aquest Tribunal, provoquen que el control respecte de l'existència de corroboració hagi de ser especialment intens (STC 17/2004, de 23 de febrer FJ 5). Les circumstàncies excepcionals referides deriven tant de les característiques del procediment de menors, en el qual la declaració incriminatòria no es va fer davant d'un òrgan judicial investit constitucionalment d'imparcialitat, sinó davant del Ministeri Fiscal, sense possibilitat de contradicció, com del fet que la declaració incriminatòria no va ser introduïda formalment en l'acte d'audiència, i, a més, el coimputat es va acollir al dret a guardar silenci».

És cert que el Tribunal Constitucional mateix, en una sentència posterior (STC 142/2006) en referència a la valoració de la declaració prestada per un coacusat durant la instrucció de la causa (en la qual no hi havia cap menor d'edat), va dir que el silenci de l'acusat en ser interrogat en l'acte del judici permet parlar d'una contradicció atenuada i que, per això, quan el tribunal va decidir valorar la declaració prestada durant la instrucció de la causa no es va produir cap vulneració del principi de contradicció constitucionalment rellevant.

No obstant això, al nostre parer, les especialitats derivades del doble enjudiciament de majors i menors d'edat ens permeten afirmar que aquesta darrera sentència no ha modificat la doctrina que estableix la STC 30/2005, en la qual, com hem vist, el silenci del menor durant l'acte del judici és una dada que adquireix una rellevància especial quan es combina amb el fet que la declaració que es va fer durant la instrucció de la causa no va ser davant un òrgan jurisdiccional sinó davant el Ministeri Fiscal, fins al punt que allò que es va declarar davant el Ministeri Fiscal no pot ser tingut en compte per sustentar una sentència condemnatòria.

C) Valor i efectes que poden produir les diferents sentències dictades com a conseqüència del doble enjudiciament d'uns mateixos fets en què han participat majors i menors d'edat

La sentència ferma dictada en un dels procediments no pot ser completament aliena al procés de valoració de la prova practicada durant el subsegüent acte del judici seguit contra la resta dels copartícpis.

És cert que la sentència esmentada no produeix l'efecte de cosa jutjada en aquest procediment, però també és cert que el Tribunal Constitucional fa temps que entén que uns mateixos fets no poden existir i deixar d'existir per als òrgans de l'Estat, per la qual cosa considerem que aquesta sentència no pot aportar res sobre la identitat i l'autoria dels acusats en un procediment i en l'altre, però sí que pot ser tinguda com un element més de corroboració respecte a com es van succeir els fets.

De fet, una sentència relativament recent de la **Sala Segona del Tribunal Suprem, la núm. 46/2014**, analitzant els inconvenients que poden derivar-se del doble enjudiciament d'uns mateixos fets comesos conjuntament per majors i menors d'edat, va dir el següent:

«Dèiem a més en les STS núm. 630/2002, de 16 d'abril, 888/2003, de 20 de juny, i 71/2004, de 2 de febrer, per citar-ne algunes, que les sentències dictades en matèria penal només produeixen els efectes de la cosa jutjada negativa en tant que impedeixen jutjar els qui ja han estat jutjats pel mateix fet. En el procés penal no existeix el que en l'àmbit civil es denomina "prejudicialitat positiva" o "eficàcia positiva" de la cosa jutjada material, de manera que el tribunal té tota la llibertat per valorar les proves produïdes en la seva presència i aplicar la qualificació jurídica corresponent. Una sentència d'aquesta Sala datada el 21/09/1999 en feia el raonament ja amb total claredat en destacar que *"cada procés té la seva pròpia prova, i el que s'ha resolt en un procés no pot vincular en un altre procés penal diferent, perquè en matèria penal no hi ha eficàcia positiva de la cosa jutjada material, només hi ha eficàcia negativa en tant que una sentència ferma anterior impedeix tornar a jutjar una persona pel mateix fet"*. En el mateix sentit s'havia pronunciat la STS de 13/12/2001, i exposava que *"res no impedeix que en un judici posterior celebrat davant magistrats diferents puguin qualificar-se els mateixos fets de forma diferent al primer judici si s'entén que aquesta va ser errònia o incompleta, sempre que l'acusació així ho sostingui, i hi hagi hagut debat contradictori sobre aquesta qüestió jurídica"*.

També les recents STS núm. 846/2012, de 5 de novembre, i 608/2012, de 20 de juny, s'han encarregat de subratllar que, a diferència d'altres branques del dret en què pot haver-hi una eficàcia de cosa jutjada material de caràcter positiu o prejudicialitat que es produeix quan per resoldre el que es planteja en un procés determinat calgui partir del que ja s'ha sentenciat abans amb resolució de fons en un altre procés anterior, aquesta eficàcia no té aplicació en l'àmbit del procés penal, ja que cada causa criminal té el seu propi objecte i la seva pròpia prova, i d'acord amb aquest contingut s'ha de resoldre, sense cap possible vinculació prejudicial procedent d'un altre procés diferent (excepte en matèria de qüestions prejudicials dels art. 3 i s. LECrim, amb els límits de l'art. 10.1 LOPJ). Així doncs, l'única eficàcia que la cosa jutjada material produeix en el procés penal és la preclusiva o negativa, que simplement consisteix que, un cop resolt per sentència ferma o resolució assimilada una causa criminal, no es pot seguir després un altre procediment del mateix ordre penal sobre el mateix fet i respecte a la mateixa persona, atès que una de les garanties de l'acusat és el seu dret a no ser enjudiciat penalment més d'una vegada per uns mateixos fets, dret que és una manifestació de principi "non bis in idem" i una de les formes en què es concreta el dret a un procés amb totes les garanties reconegut en l'art. 24.2 CE, en relació, al seu torn, amb els art. 10.2 CE i 14.7 PIDCP.

Amb caràcter general, les qüestions merament fàctiques estan subjectes a la lliure valoració del tribunal que coneix d'aquestes qüestions, com a reflex necessari de l'apreciació de les proves produïdes en el procés, i això vol dir que en aquests casos no es pot donar una qüestió prejudicial devolutiva que equivaldria a abdicar aquesta potestat, de la mateixa manera que tampoc no es dona l'altra cara de la moneda, la prejudicialitat positiva. L'únic límit està establert

per l'aplicació de la cosa jutjada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de setembre). En la mateixa línia, les STS núm. 827/2011, de 25 d'octubre, i 381/2007, de 24 d'abril, recorden que les dades fàctiques de resolucions precedents, encara que ho siguin de la jurisdicció penal, no tenen prou virtualitat perquè, en procés diferent i per jutges diferents, calgui atènyer-se o passar pels fets declarats provats abans, i, per això, no poden sobreposar-se aquests fets a les apreciacions dels jutges posteriors, llevat que es doni la identitat de la cosa jutjada entre totes dues resolucions. Això no impedeix que, [com després abordarem amb més deteniment en examinar els motius per tutela judicial efectiva], per marcar aquesta distància rellevant respecte del contingut de la sentència que el va precedir el tribunal que decideix amb posterioritat hagi d'incorporar a la seva decisió un "plus" de motivació pel qual justifiqui adequadament les raons que marquen la diferència o que, fins i tot, porten a estimar que la decisió anterior resultava errònia o incompleta.

Una altra qüestió diferent és que, des d'una perspectiva col·lateral a la legalitat vigent, sigui sostenible que uns mateixos fets puguin ser declarats provats i no provats per dos tribunals que pertanyen al mateix ordre jurisdiccional quan hi ha una connexió íntima entre ells i quan l'enjudiciament diferent, separat a més en el temps, finalment aboca en diferències significatives en el resultat fàctic.

Com indica l'acusació recurrent, en diverses ocasions ha assenyalat el nostre Tribunal Constitucional que uns mateixos fets no poden existir i deixar d'existir per als òrgans de l'Estat. Aquesta doctrina arrencava amb la STC núm. 2/1981, de 30 de gener, a la qual han seguit moltes altres (STC núm. 77/1983, de 3 d'octubre, 24/1984, de 23 de febrer, 158/1985, de 26 de novembre, o 70/1989, de 20 d'abril), i en totes elles l'esmentat Tribunal assevera que *"en la realitat jurídica, és a dir, en la realitat històrica, rellevant per al Dret, no es pot admetre que alguna cosa és i no és, que uns mateixos fets van passar i no van passar, o, per dir-ho en els termes del fonament sisè de la nostra sentència de 3 d'octubre de 1983, 'és clar que uns mateixos fets no poden existir i deixar d'existir per als òrgans de l'Estat', ja que s'hi oposen no només els principis elementals de la lògica jurídica i extrajurídica, sinó el principi de seguretat jurídica constitucionalitzat en l'article 9.3. Davant situacions hipotèticament d'aquesta índole, el Tribunal Constitucional no sempre té competència per intervenir sense més; per contra, cal comprovar, i així ho farem en aquest cas, en primer terme, si en veritat entre les resolucions enfrontades es produeix una identitat estricta en els fets i, en segon lloc, si hi ha en joc algun dret fonamental afectat per la contradicció fàctica, ja que la invocació del sol principi de seguretat jurídica no és, òbviament, base per conèixer en empara"*.

Mereix també ser destacat el passatge següent de la STC núm. 158/1985, de 26 de novembre (FJ 4): *"(...) si el respecte a la independència de cada òrgan judicial és principi bàsic del nostre ordenament jurídic, no és menys cert que uns mateixos fets no poden existir i deixar d'existir per als òrgans de l'Estat (STC núm. 77/1983, de 3 d'octubre), i que aquesta negació del principi de contradicció vulnera el dret a la tutela judicial efectiva consagrat en l'art. 24.1 de la Constitució espanyola. Amb gran claredat ho ha expressat la STC núm. 62/1984, de 21 de maig, que fa superflus més comentaris sobre el tema: '(...) als més elementals criteris de la raó jurídica repugna acceptar la fermesa de diferents resolucions judicials en virtut de les quals resulti que uns mateixos fets van passar i no van passar, o que una mateixa persona va ser-ne l'autor i no ho va ser. Això vulneraria, en efecte, el principi de seguretat jurídica que, com una exigència objectiva de l'ordenament, s'imposa al funcionament de tots els òrgans de l'Estat en l'art. 9 núm. 3 de la CE. Però, en tant que aquest principi integra també l'expectativa legítima dels qui són justiciables a obtenir per a una mateixa qüestió una resposta inequívoca dels òrgans encarregats d'impartir justícia, cal considerar que això vulneraria, igualment, el dret subjectiu a una tutela*

jurisdiccional efectiva, reconegut per l'art. 24.1 de la CE, ja que no és compatible l'efectivitat d'aquesta tutela i la fermesa de pronunciaments judicials contradictoris. Davant d'aquests, per tant, cal reconèixer la possibilitat d'emprendre la via d'empара constitucional, en el cas que cap altre instrument processal davant la jurisdicció ordinària no hagi servit per reparar la contradicció'. Doctrina que, amb tota evidència, és aplicable a aquest cas, en el qual es dona aquesta contradicció, segons totes les aparences, i no apareix cap via processal dins de la justícia ordinària per resoldre-la. No s'oculta a aquest Tribunal Constitucional la dificultat que ofereix arbitrar mitjans per resoldre contradiccions entre resolucions judicials com les aquí denunciades, tenint en compte la ja recordada independència dels òrgans jurisdiccionalis. Seria desitjable, sens dubte, que el legislador preveís aquest tipus de conflictes, i que establís mecanismes per a la seva solució dins de la justícia ordinària. Però, mentre això no passi i no hi hagi cap altra via més que la del recurs d'empара per garantir el dret vulnerat, aquest Tribunal ha de buscar els mitjans d'assegurar aquest dret, que, d'altra manera, quedaria sense protecció".»

En vista d'aquesta doctrina, i tal com ja hem dit abans, considerem que si el jutge de menors o el tribunal no té raons per separar-se de la declaració de fets provats de la sentència dictada en l'altre procediment seguit pels mateixos fets, aquesta no pot ser completament aliena a la valoració de la prova practicada durant l'acte del judici, que pot servir com un element de corroboració més per acreditar els fets que són objecte d'enjudiciament.

3r- INTERFERÈNCIA DE PROCEDIMENTS: REPETICIÓ DE DECLARACIONS. INCIDÈNCIA ESPECIAL DE L'ESTATUT DE LA VÍCTIMA DEL DELICTE

Carmen Guil Román

Magistrada de la Secció Vint-i-unena Penal de l'Audiència Provincial de Barcelona

A) Introducció

Una de les diligències usuals en qualsevol instrucció són les declaracions de testimonis presencials i/o víctimes del fet punible. Els efectes que ocasionen la doble instrucció i el doble enjudiciament respecte a la declaració testifical són evidents i queden reflectits en el fet que qualsevol testimoni declara almenys en cinc ocasions:

- primera declaració policial;
- declaració davant el jutjat d'instrucció;
- declaració davant la Fiscalia de Menors;
- declaració en l'acte de judici oral davant el jutjat penal o l'Audiència Provincial;
- declaració en l'acte de judici oral davant del jutjat de menors.

Si no es poden obviar aquestes dues darreres, atès que la nostra legislació preveu el doble enjudiciament i la necessitat que les diligències de prova es practiquin en l'acte de judici oral, la veritat és que la reiteració de declaracions produeix efectes perniciosos pel que fa a la «puresa» de la declaració. Hi ha estudis sobre la psicologia del testimoni que evidencien que la memòria pura no existeix i que els continguts amnèsics són el fruit d'un procés de selecció complex en funció de factors diversos. La catedràtica M. Luisa Alonso-Quecuty ens indica que «en el context legal, un interrogatori erroni pot destruir informació disponible en la memòria dels testimonis i víctimes que resulti essencial en la investigació; encara més, pot portar els uns i els altres a fabricar records que, un cop creats, romanguin com a autèntics en la memòria».

La successió o la superposició d'interrogatoris successius pot tenir efectes que distorsionin greument el resultat de la prova testifical. És el que els autors anomenen la *contaminació* de la memòria d'un testimoni, que es produeix quan és sotmès a interrogatoris d'una manera reiterada. Si la reiteració comporta seriosos riscos de distorsió del relat del declarant, això s'agreuja considerablement en els casos –freqüents en l'àmbit policial i judicial– en què l'exploració es fa amb preguntes tancades, suggeridores o tendencioses, o fins i tot les anomenades preguntes *identificadoras*, que contenen informació contaminant (com ara preguntar «com era el ganivet?» o « portava barba, l'atacant?», que poden portar el testimoni a incloure en el seu relat i en la seva memòria un atacant amb barba i amb un ganivet).¹

En el cas de testimonis, per tant, seria convenient reduir el nombre de declaracions, almenys durant la fase d'instrucció, en la mesura del possible. Així doncs, un cop s'ha constatat en l'atestat inicial que en el fet hi han intervingut majors i menors, s'ha d'activar la coordinació entre la Fiscalia de Menors i el jutjat d'instrucció per tal d'assenyalar la declaració testifical i garantir la contradicció a totes les parts de tots dos processos. Reconeixem la dificultat que comporta el fet que això s'esdevingui durant la guàrdia mentre menors i adults estan detinguts, essencialment per la limitació de la durada dels terminis de la detenció del menor, però, amb posterioritat, durant la instrucció de les causes o expedients respectius, no hi ha cap obstacle per activar aquesta coordinació. Així doncs, l'òrgan que ordeni en primer lloc la declaració d'un testimoni ha de posar-ho en coneixement de l'altre òrgan competent i assenyalar data amb citació del fiscal, si

¹ ALONSO-QUECUTY, M. Luisa. «Memoria y contexto legal: testigos, víctimas y sospechosos recuerdan lo sucedido». A: *Psicología de la memoria. Ámbitos aplicados*. Madrid: Alianza, 2001.

és el jutjat d'instrucció, i els lletrats tant d'acusació (si està personada) com de defensa dels adults i dels menors. La declaració ha de ser enregistrada per tal que tant el jutjat instructor com la Fiscalia i les parts, i, posteriorment, els òrgans d'enjudiciament respectius (jutjat penal o Audiència Provincial, d'una banda, o jutjat de menors, per una altra) i apel·lació, si escau, hi tinguin un accés fàcil.

En el cas de les víctimes, la proliferació de les declaracions genera uns problemes de contaminació idèntics als esmentats pel que fa als testimonis, als quals cal afegir l'anomenada *victimització secundària*. Els estudis sobre victimologia² diferencien entre la victimització primària i la victimització secundària.

A la victimització primària (els danys soferts per les víctimes a causa del delictes), es perfilen diverses tipologies de vulnerabilitat, com són la personal (centrada en els trets personals de la víctima, l'edat, malaltia...), la relacional (derivada de la interacció de la víctima amb el victimari), la contextual (per la relació de la víctima amb un entorn victimogènico –escolar, familiar, veïnal o lúdic–) i la social (centrada en l'exclusió o la inclusió desigual).

La victimització secundària, en canvi, és la generada per la resposta inadequada del sistema públic de justícia, és a dir, els danys addicionals que el contacte amb el sistema institucional de justícia ocasiona a les víctimes d'un delictes, essencialment en casos de víctimes especialment vulnerables (per les seves característiques personals o per la tipologia delictiva o per la interacció amb el victimari). La unió de totes dues provoca una victimització acumulada que dificulta de manera significativa els processos de recuperació victimal.

La pràctica ens indica que les víctimes no només són sotmeses a la reiteració de declaracions que hem esmentat anteriorment, sinó que no tenen informació sobre el doble enjudiciament i les seves conseqüències, de manera que desconeixen les «proves» a què s'han de sotmetre.

D'altra banda, la situació s'agreuja en el cas de víctimes amb danys corporals (per exemple, contra la integritat física o contra la indemnitat sexual). En aquestes tipologies delictives, a les declaracions prestades, s'hi afegeixen les proves pericials mèdiques a què les víctimes són sotmeses. L'exigència que la víctima sigui examinada, en general, en almenys dues ocasions per metges forenses diferents vulnera de forma flagrant els drets de la víctima que recull la Directiva 2012/29/UE (en endavant, la Directiva) i l'Estatut de la víctima del delictes (en endavant, EV). Aquesta victimització augmenta si tenim en compte que el jutjat d'instrucció que coneix de la investigació sol tenir la seu al lloc on s'ha comès el delictes, que, molt sovint, coincideix amb el lloc de residència de la víctima, i, si no és així, lliura exhort al jutjat corresponent perquè dugui a terme la diligència. No obstant això, la Fiscalia de Menors té competència provincial, de manera que és freqüent que les víctimes hagin de desplaçar-se per ser reconegudes pel metge forense adscrit a la Fiscalia de Menors, òrgan que no lliura exhortos perquè no té caràcter judicial, tot i que podria fer-ho per mitjà d'oficis lliurats a una altra fiscalia per sol·licitar aquesta diligència; aquesta és una pràctica que es du a terme per demanar informes d'equip tècnic, però rarament per a altres objectius.

Repassem la normativa vigent en cas de declaracions de la víctima i, posteriorment, abordarem les conseqüències que té aquesta normativa en els casos de doble enjudiciament de menors i adults.

² SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio J. «Las víctimas especialmente vulnerables». A: *Curso Estatuto de la Víctima*, Consejo General del Poder Judicial, 2015.

En primer lloc, cal fer esment de la Directiva Europea 2012/29/UE, que regula aquesta qüestió en els articles següents:

- **Art. 4 i 6.** Dret d'informació general i sobre la causa.
- **Art. 8.** Serveis de suport.
- **Art.10.** Dret a ser oït: «Els Estats membres han de garantir a la víctima la possibilitat de ser escoltada durant les actuacions i de facilitar-hi elements de prova. Quan una víctima menor d'edat hagi de ser escoltada, cal tenir degudament en compte l'edat i la maduresa del menor».
- **Art. 19.** Dret a evitar el contacte amb l'infractor.
- **Art. 20.** «[...] a) la presa de declaració de les víctimes es dugui a terme sense dilacions injustificades, una vegada que s'hagi presentat davant l'autoritat competent la denúncia d'una infracció penal; b) el nombre de declaracions de les víctimes sigui el menor possible i només se celebri quan sigui estrictament necessari per als fins de les investigacions penals; c) les víctimes puguin anar acompanyades del seu representant legal i d'una persona de la seva elecció, llevat que s'hagi adoptat una resolució motivada en contra; d) qualsevol reconeixement mèdic es redueixi al mínim i es faci únicament si és necessari per als fins del procés penal.»
- **Art. 23.** «2. Durant les investigacions penals les víctimes amb necessitats especials de protecció determinades d'acord amb el que estableix l'article 22, apartat 1, han de tenir a la seva disposició les mesures següents: a) s'ha de prendre declaració a la víctima en dependències concebudes per a aquesta finalitat o adaptades; b) la presa de declaració a la víctima l'han de fer professionals amb formació adequada a aquest efecte o amb la seva ajuda [...].»
- **Art. 24.** «1. A més de les mesures que estableix l'article 23, si les víctimes són menors, els Estats membres han de garantir que: a) en les investigacions penals, totes les preses de declaració a les víctimes menors d'edat puguin ser gravades per mitjans audiovisuals i que aquestes declaracions gravades es puguin utilitzar com a elements de prova en processos penals [...].»

Per la seva banda, l'**Estatut de la víctima (Llei 4/2015, de 27 d'abril)**, que òbviament conté drets similars per a la víctima atès que és la transposició de la Directiva esmentada, recull específicament els drets i les obligacions de les víctimes següents:

- **Art. 5, 6 i 7.** Dret a la informació general i de la causa en particular.
- **Art. 11.** Dret de participació activa en el procés
- **Art. 21.** Protecció a la víctima: «Les autoritats i els funcionaris encarregats de la investigació penal han de vetllar perquè, en la mesura que això no perjudiqui l'eficàcia del procés: a) Es rebí declaració a les víctimes, quan sigui necessari, sense dilacions injustificades. b) Es rebí declaració a les víctimes el menor nombre de vegades possible, i únicament quan sigui estrictament necessari per als fins de la investigació penal. c) Les víctimes puguin estar acompanyades per, a més del seu representant processal i si s'escau el representant legal, una persona de la seva elecció, durant la pràctica de les diligències en què hagin d'intervenir, llevat que motivadament resolgui el contrari el funcionari o l'autoritat encarregat de la pràctica de la diligència per garantir-ne el correcte desenvolupament. d) Els reconeixements mèdics de les

víctimes només es portin a terme quan siguin imprescindibles per als fins del procés penal, i se'n redueixi al mínim el nombre».

– **Art. 25.** «1. Durant la fase d'investigació es poden adoptar les mesures següents per protegir les víctimes: a) Que se'ls rebi declaració en dependències especialment concebudes o adaptades amb aquesta finalitat. b) Que se'ls rebi declaració per part de professionals que hagin rebut una formació especial per reduir o limitar perjudicis a la víctima, o amb la seva ajuda. c) Que totes les preses de declaració a una mateixa víctima li siguin realitzades per la mateixa persona, llevat que això pugui perjudicar de forma rellevant el desenvolupament del procés o la declaració l'hagi de prendre directament un jutge o un fiscal. d) Que la presa de declaració, quan es tracti d'alguna de les víctimes a què es refereixen els números 3r i 4t de la lletra b) de l'apartat 2 de l'article 23 i les víctimes de tràfic amb fins d'explotació sexual, la porti a terme una persona del mateix sexe que la víctima quan aquesta així ho sol·liciti, llevat que això pugui perjudicar de forma rellevant el desenvolupament del procés o la declaració l'hagi de prendre directament un jutge o fiscal.»

– **Art. 26.** Mesures de protecció per a menors i persones amb discapacitat necessitades d'una protecció especial: «[...] s'han d'adoptar, d'acord amb el que disposa la Llei d'enjudiciament criminal, les mesures que siguin necessàries per evitar o limitar, en la mesura que sigui possible, que el desenvolupament de la investigació o la celebració del judici es converteixin en una nova font de perjudicis per a la víctima del delictes. En particular, són aplicables les següents: a) Les declaracions rebudes durant la fase d'investigació han de ser gravades per mitjans audiovisuals i poden ser reproduïdes en el judici en els casos i les condicions que determina la Llei d'enjudiciament criminal. b) La declaració es pot rebre per mitjà d'experts [...]».

Si apliquem aquesta normativa als supòsits que ens ocupen, conclourem que, tot i l'existència de la duplictat de procediments sobre els mateixos fets, tant la Directiva Europea com l'Estatut de la víctima obliguen a minimitzar els efectes de victimització secundària que el procés o els processos poden comportar per a la víctima. Això obliga a una coordinació entre la Fiscalia de Menors i el jutjat d'instrucció competent per garantir, d'una banda, que la víctima rep una informació completa, clara i senzilla sobre l'existència del doble procés i de les seves conseqüències; i, d'una altra, que tant les declaracions com les exploracions mèdiques complementàries es redueixin al mínim imprescindible per garantir els fins de la investigació penal.

B) En vista del que s'ha indicat, podem fer les propostes següents

1. Identificació de les causes per delictes comesos per adults i menors conjuntament

Per tal de vehicular d'una manera òptima les propostes que exposarem a continuació, és imprescindible que tant el jutjat d'instrucció com la Fiscalia de Menors identifiquin les causes en què resulten implicats menors i adults en els mateixos fets. Amb aquesta finalitat, proposem, mentre no s'arribi a l'expedient digital, la col·locació d'etiquetes adhesives identificadores similars a les que identifiquen les causes amb pres o amb menors internats o les de violència de gènere.

2. Respecte al deure d'informació

Pel que fa a la informació que s'ha de subministrar a la víctima, «des del primer contacte», com indica la Directiva, aquest deure obliga a informar-lo sobre: el tipus de suport que es pot obtenir i les institucions rellevants; els procediments d'interposició de denúncia i el seu paper en aquest

procés; les conseqüències del doble enjudiciament i les proves a què s'ha de sotmetre; la manera i les condicions d'obtenir protecció, assessorament i assistència jurídica, interpretació i traducció, accedir a indemnitzacions i obtenir el reemborsament de les despeses sofertes per la seva participació en el procés penal. També cal proporcionar-li les dades de contacte per a les comunicacions amb les autoritats competents, informació sobre els serveis de justícia reparadora i els procediments de reclamació.

D'altra banda, és obvi que no n'hi ha prou amb el lliurament de fullets d'informació o la cita d'adreces web, sinó que les autoritats han de tenir una actitud activa d'informació.

En els casos que analitzem hi ha almenys quatre possibilitats d'oferir a la víctima la informació completa:

- 1) la policia (Mossos d'Esquadra, Policia Nacional o Guàrdia Civil);
- 2) l'oficina d'atenció a la víctima (OAV);
- 3) el fiscal de menors, que, si escau, deriva a l'OAV;
- 4) el lletrat del jutjat d'instrucció que, si escau, deriva a l'OAV.

Com a organisme especialitzat, considerem que l'opció òptima seria que aquesta informació la subministressin les oficines d'atenció a la víctima. No obstant això, el nombre d'oficines (únicament cinc a Catalunya, situades a capitals de província i a les Terres de l'Ebre) dificulten molt aquesta opció. Per això, proposem que la informació la faciliti la policia, que és qui té el primer contacte amb la víctima, sempre que ho faci un agent o un responsable amb formació victimològica. Per tal de garantir que la informació que s'ofereix a la víctima és correcta i completa, es proposa d'elaborar conjuntament amb el cos policial respectiu un protocol d'informació victimològica en casos de menors i adults implicats en el delictes que inclogui, a més de les previsions dels art. 5 i concordants de l'EV, les especialitats derivades del doble enjudiciament.

En cas de víctimes especialment vulnerables, després de la primera informació oferta per la policia, és obligada la derivació a l'oficina d'atenció a la víctima corresponent.

3. Declaracions

- 1) En cas de víctimes menors d'edat o discapacitades.

Tant la Directiva com l'EV consideren els menors d'edat i els discapacitats com a víctimes especialment vulnerables (art. 23 i 25 EV; 22 Directiva). Com a conseqüència d'aquesta consideració, cal determinar la preconstitució probatòria del testimoni/exploració dels menors d'edat victimitzats, en particular els menors de 14 anys, mitjançant el mètode conegut com a *cambra de Gesell*. El jutge ha de garantir l'estructura contradictòria de l'acte, però l'accés a la informació l'ha de fer un expert mitjançant tècniques d'abordatge protocol·litzades que evitin l'interrogatori directe suggeridor. L'entrevista s'ha d'efectuar en un espai físic desritualitzat on el menor es pugui sentir tant còmode com sigui possible. L'exploració ha de ser observada pel jutge i per les altres parts del procés, molt particularment la defensa de la persona investigada –des d'una estança adjacent, amb una finestra amb mirall que impedeixi que el menor percebi la presència de terceres persones, o bé per mitjans de reproducció de la imatge i el so a distància. L'expert ha d'introduir unes pauses breus que li permetin contactar amb les parts per tal que li indiquin dades o informacions potencialment interessants per a l'objecte del procés sobre les quals el menor podria ser explorat. Tota l'exploració ha de ser gravada en suport audiovisual.

Per tal que aquesta prova pugui ser reproduïda en els actes de judici oral corresponents davant el jutjat de menors o bé davant el Jutjat Penal o l'Audiència Provincial, la preconstitució probatòria requereix la presència dels investigats (majors i menors), dels seus lletrats respectius i del Ministeri Fiscal a fi de garantir el principi de contradicció. Aquesta prova s'ha de fer davant l'autoritat judicial (que pot ser el jutge de menors o el jutge d'instrucció).

Això requereix la coordinació entre el jutge d'instrucció i la Fiscalia de Menors i l'Equip d'Assessorament Tècnic Penal (EATP)³ a través del Programa de Suport a l'Exploració Judicial. Igualment, la pràctica de la diligència s'ha de decidir per interlocutòria del jutge competent en totes dues jurisdiccions.

En aquests casos, és obligat que la data de la declaració es fixi davant els professionals de l'EATP de manera coordinada pel jutge d'instrucció i la Fiscalia de Menors amb resolució del jutge de menors, amb citació de totes les parts personades en un i altre procés.

2) En cas de la resta de víctimes especialment vulnerables.

Tant l'EV com la Directiva exigeixen que es faci una avaluació individual de les víctimes per determinar si cal que se'ls presti una atenció especial. Els paràmetres per efectuar aquesta valoració passen per la gravetat o la naturalesa del delictes (delictes de violència sexual, terrorisme, tràfic de persones, violència de gènere, etc.) o per les característiques personals de la víctima o les relacions amb els infractors.

En aquests casos, d'acord amb l'art. 25 EV, es pot decidir que la declaració es faci també davant l'EATP, atès que les dependències són adaptades i els seus integrants tenen formació específica. Sempre que sigui possible, sobretot en els delictes de violència de gènere o domèstica i en els delictes contra la llibertat sexual, la declaració l'ha de prendre una persona del mateix sexe que la víctima, si aquesta així ho sol·licita.

La dinàmica d'actuació és la mateixa que per a les víctimes menors i ha de garantir la presència judicial i la contradicció de totes les parts d'ambdós processos, encara que no es pretengui constituir la prova.

3) En qualsevol altre cas, tant la Fiscalia de Menors com el jutjat d'instrucció han de valorar el tipus de víctima i de fet delictiu, la vulnerabilitat de la víctima i el grau d'afectació pel fet per decidir si és oportú practicar una única declaració en fase d'instrucció, davant el jutge d'instrucció i amb citació dels lletrats tant dels adults com dels menors. D'aquesta manera es garantiria la contradicció i s'evitaria que la víctima fos explorada doblement. Aquesta declaració ha de ser gravada per tal de garantir-hi correctament l'accés dels òrgans d'instrucció i, si escau, els d'enjudiciament, així com de les parts.

³ Àrea de reparació i atenció a la víctima, dependent de la Subdirecció General de Reparació i Execució Penal a la Comunitat de la Direcció General d'Execució Penal a la Comunitat i de Justícia Juvenil del Departament de Justícia.

4) En cas de persones estrangeres en trànsit al nostre país que siguin víctimes de qualsevol delictes comès per adults i menors conjuntament, cal extremar la diligència i la coordinació entre ambdues jurisdiccions, atès que habitualment la declaració es practica durant el servei de guàrdia com a prova preconstituïda en saber amb certesa que la víctima tornarà al seu país d'origen o residència. En aquest cas, és imprescindible que a la declaració de la víctima o víctimes practicada davant del jutge d'instrucció siguin convocades tant l'acusació (pública i particular) com la defensa de cadascun dels investigats per garantir el principi de contradicció. La declaració ha de ser gravada en el sistema Arconte en qualsevol cas.

Hi ha d'haver-hi menys dificultats en el cas de delictes comesos a les províncies de Tarragona, Lleida o Girona, ja que el jutge d'instrucció substitueix el jutge de menors en el servei de guàrdia.

4. Exploracions mèdiques

Tal com hem esmentat *ut supra*, l'EV i la Directiva (art. 21 i 20.d, respectivament) imposen als instructors l'obligació que el nombre de reconeixements mèdics es redueixi fins al mínim i que es facin únicament quan siguin necessaris per als fins del procés. Per això, vam concloure que en el cas de delictes comesos per adults i menors és obligat que es faci una sola exploració i un sol informe forense.

Òbviament, en casos d'assassinats o homicidis només es practica una autòpsia, habitualment ordenada en seu de jutjat d'instrucció, i se'n remet testimoni a la Fiscalia de Menors. Per contra, en cas de delictes contra la integritat física o contra la indemnitat sexual, no s'actua de forma idèntica. En gairebé tots els casos, se sotmet la víctima a dues exploracions, una davant la jurisdicció d'adults i una altra davant la juvenil, en comptes d'actuar com en el cas de l'autòpsia, és a dir, fer una sola exploració i un sol informe forense i remetre'n testimoni a l'expedient de menors o a la causa d'adults en cas que sigui decidida i ordenada per la Fiscalia de menors en primer lloc.

D'aquesta manera, s'evitaria sotmetre la víctima a més exploracions de les necessàries, i també s'evitaria el risc, bastant freqüent en la pràctica, de conclusions mèdiques dispars i fins i tot contradictòries.

La proposta en relació amb les exploracions mèdiques seria novament la coordinació entre la Fiscalia i el Jutjat d'Instrucció de manera que, un cop constatada la causa amb adults i menors implicats, el jutjat d'instrucció ordeni el reconeixement mèdic forense i en remeti testimoni a la Fiscalia de Menors. Es considera més adequat que sigui el jutjat d'instrucció qui practiqui aquesta diligència essencialment en els delictes comesos fora de les capitals de província, atès que, presumiblement, serà el jutjat més proper a la víctima i aquesta tindrà menys problemes de desplaçament.

Aquesta diligència ha de ser ordenada, amb caràcter preferent, pel jutjat d'instrucció, ja que els terminis de prescripció de la jurisdicció de menors són més breus; tot i que les diferències no són tan rellevants amb la limitació dels terminis d'instrucció que estableix l'art. 324 LECrim.

5. Rodes de reconeixement

Si bé no és una declaració en si mateixa, és una diligència d'un contingut victimològic elevat, atès que enfronta la víctima a la visió del seu victimari, encara que s'hi adoptin les mesures de

protecció oportunes com és ara l'acompanyament per professionals o per persona de la seva elecció.

Per això, seria adequat organitzar una sola roda de reconeixement. No obstant això, sorgeixen alguns dubtes entorn d'aquesta possibilitat. D'una banda, l'art. 17.3 LORPM indica que «els menors han d'estar custodiats en dependències adequades i separades de les que s'utilitzin per als majors d'edat». No obstant això, encara que es refereix als menors detinguts, entre els principis de la legislació juvenil hi ha el de preservar el menor de la influència nociva dels adults, i per aquesta raó manté la separació física entre adults i menors, i preveu per als menors l'ús de dependències diferenciades de les dels adults.

La LORPM no fa cap menció de la roda de reconeixement, de manera que ens hem de remetre a la regulació del procediment abreujat d'acord amb el que disposa la disposició final primera LORPM. No obstant això, l'art. 2.10 del Reglament d'aquesta llei s'estableix que:

«Per a la pràctica de la diligència de reconeixement, s'han d'utilitzar els mitjans que siguin menys perjudicials per a la integritat del menor, i s'ha de portar a terme a les dependències dels grups de menors o en les seus del ministeri fiscal o autoritat judicial competent. La roda ha d'estar composta per altres persones, menors o no, de conformitat amb els requisits de la Llei d'enjudiciament criminal.

Quan la roda estigui composta per altres menors d'edat, s'ha de tenir la seva autorització i la dels seus representants legals o guardadors de fet o de dret, tret del cas dels més grans de 16 anys no emancipats i dels menors emancipats en què sigui aplicable el que es disposa per a les limitacions a la declaració de voluntat dels menors a l'article 2 de la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor.»

Per tant, per l'aplicació del Reglament, la roda de reconeixement en casos de doble enjudiciament es podria practicar en l'àmbit de la jurisdicció de menors (a les dependències del Grup de Menors de la policia, o bé en seu de la Fiscalia de Menors) o en el jutjat d'instrucció. Entre els integrants de la roda s'inclouria els menors i els adults investigats, amb els requisits que estableixen els art. 369 i 370 LECrim. A aquesta diligència se citaria els lletrats respectius de tots els investigats.

No obstant això, cal assenyalar una dificultat doble. D'una banda, l'exigència que els components de la roda tinguin característiques externes semblants. En cas de menors i adults poden haver-hi diferències insalvables respecte de l'alçada o el desenvolupament corporal que facin inviable la possibilitat de fer una sola roda. D'altra banda, cal tenir en compte que, si la roda de reconeixement la practica la Fiscalia de Menors, no està prevista la intervenció ni d'autoritat judicial ni de lletrat de l'Administració de justícia, de manera que, si hi hagués impugnacions sobre la composició de la roda, es podrien formular objeccions serioses a aquesta diligència en la jurisdicció d'adults. Finalment, l'art. 369 LECrim preveu que sigui el jutge instructor qui organitzi la roda de reconeixement.

Això exigeix, d'una banda, valorar la conveniència de fer una sola roda de reconeixement per evitar victimitzacions secundàries i en què es prenguin en consideració essencialment les característiques físiques dels investigats i la semblança entre ells. En aquest cas, considerem preferible que la roda de reconeixement la practiqui el jutge instructor amb acta del lletrat de l'Administració de justícia i amb assistència dels lletrats respectius.

Igualment, suggerim que l'acta sigui acompanyada d'una fotografia dels integrants de la roda i que se'n remeti testimoni de totes dues a la Fiscalia de Menors per unir a l'expedient corresponent.

Si les característiques dels implicats no són semblants, llavors s'ha de fer una roda de reconeixement davant cada jurisdicció. En aquestes circumstàncies, la víctima ha de ser informada d'una manera completa i que li resulti entenedora dels motius de reiteració d'aquesta diligència.

4t- EL SISTEMA DE DOBLE ENJUDICIAMENT I LA SEVA PROBLEMÀTICA, AMB REFERÈNCIA ESPECIAL A L'AFECTACIÓ DE DRETS FONAMENTALS

Jesús M. Cacho

Magistrat del Jutjat de Menors Únic de Tarragona

Magistrat especialista de menors

M. David García Esteban

Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona

Magistrat especialista de menors

La Sentència de la **Sala Segona del Tribunal Suprem de 29 de gener de 2013** (ROJ: STS 178/2013 - ECLI:ES:TS:2013:178) es va referir a la problemàtica derivada del sistema que estableix la LORPM de doble sistema penal separat per a menors i adults, una de les seves màximes concrecions del qual és el que disposa l'art. 16.5 LORPM. I efectivament, així assenyalava:

«1. L'art. 16 LORPM invocat recull les regles generals per a la incoació de l'anomenat "expedient de menors", i en l'apartat 5, que és l'apartat en què l'acusació recurrent centra la seva atenció, disposa que "[q] uan els fets esmentats a l'article 1 els hagin comès conjuntament majors d'edat penal i persones de les edats indicades al mateix article 1, el jutge d'instrucció competent per al coneixement de la causa, tan aviat com comprovi l'edat dels imputats, ha d'adoptar les mesures necessàries per assegurar l'èxit de l'activitat investigadora respecte als majors, d'edat i ordenar remetre testimoni dels particulars necessaris al ministeri fiscal, als efectes que preveu l'apartat 2 d'aquest article". És a dir, si hi concorren aquestes circumstàncies, s'obliga al jutge d'instrucció comú o ordinari a donar compte dels fets presumptament delictius al fiscal de Menors, perquè aquest, al seu torn, procedeixi a la seva investigació separada si dels fets objecte de denúncia es pot desprendre algun gènere de responsabilitat per al menor, cas en el qual el fiscal n'ha de donar trasllat al jutge de menors.

2. La qüestió, que va ser plantejada com a prèvia al judici oral, va obtenir resposta fundada del Tribunal d'instància en el FJ 2n de la sentència. Els jutges "a quibus" hi destaquen que aquest doble enjudiciament no només es produeix en casos com el present, per la intervenció de dos jurisdiccions penals separades, sinó també cada vegada que els partícips en un mateix delictes, per la raó que sigui, han de resultar jutjats per separat, com succeeix quan algun d'ells ha estat declarat en rebel·lia processal i el procediment continua per als altres, o quan es tracta d'un aforat. L'Audiència destaca a aquest efecte l'Acord d'aquesta Sala de Cassació de 16/12/2008, segons el qual "la persona que ha estat jutjada per uns fets i amb posterioritat va al judici d'un altre imputat per declarar sobre aquests mateixos fets declara en el plenari com a testimoni i, per tant, el seu testimoni ha de ser valorat en termes racionals per determinar-ne la credibilitat". Aborda, igualment, el contingut de la LORPM des de la perspectiva de la protecció de l'interès superior del menor, que el legislador vol que sigui senyal d'identitat, pel que representa un procediment de naturalesa sancionadora-educativa respecte del menor que descansa en la sèrie de principis que enumera, dirigits a aconseguir la seva reeducació. Conclou afirmant que la qüestió plantejada per l'acusació particular es podria valorar "de lege ferenda", però en cap cas "de lege data", i que la voluntat del legislador és procliu tàcitament a aquest enjudiciament separat, ex art. 16.5 LORPM. Afirma, finalment, que hauria estat factible un enjudiciament més proper en el temps del menor jutjat sota la LORPM i dels processats en aquesta causa si les acusacions no haguessin recorregut la interlocutòria de 13/08/2010 que determinava la continuació del procés pels tràmits del procediment ordinari.»

En aquesta sentència, es feia esment a diverses qüestions que planteja aquest sistema (v.g., cosa jutjada, estatus dels copartípics, etc.), a què ens referim en diversos punts d'aquest treball.

En aquest bloc, ens referirem de manera concreta als problemes que es poden suscitar respecte d'aquesta doble jurisdicció a l'hora de practicar determinades diligències que afecten drets fonamentals i, específicament, les intervencions/observacions telefòniques i entrades i escorcolls quan en el fet investigat hi ha pluralitat d'intervinents, algun o alguns dels quals són menors d'edat i algun o alguns altres són adults. En aquests casos es pot suscitar conflicte en el moment inicial de la investigació en què aquests intervenents no estan ben definits i des de la perspectiva que el criteri general d'atribució de la competència resideix en el jutge d'instrucció, però segons la LORPM la competència específica respecte de menors d'edat la té el Ministeri Fiscal com a òrgan instructor respecte d'aquests subjectes i el corresponent jutge de menors com a autoritat judicial garant dels drets dels menors investigats.

I és que, efectivament, la intervenció dels coimputats quan uns són majors d'edat i els altres menors planteja diversa problemàtica, tant en la fase d'instrucció, com estem assenyalant, com en el enjudiciament posterior. Als menors els enjudicia el jutge de menors, mentre que als adults els enjudicia el jutge penal, l'Audiència Provincial o el Tribunal del Jurat. Si ens situem al jutjat de menors, el menor hi ha de comparèixer com a acusat, mentre que els acusats majors d'edat no compareixen com acusats, sinó com a testimonis, perquè no són objecte d'enjudiciament per part del jutge de menors. Aquesta condició tècnica de testimoni que l'acusat major d'edat té al jutjat de menors planteja, des de l'afectació del dret fonamental a la defensa, com a mínim, dues qüestions: la declaració i l'assistència lletrada.

La declaració del major d'edat en l'audiència al jutjat de menors, en la condició tècnica de testimoni, mereix la reflexió que s'exposa a continuació. La LECrim exigeix que el jutge adverteixi el testimoni del seu deure de dir la veritat, però no es tracta realment d'un testimoni sinó d'una persona que està sent acusada pels mateixos fets; la diferència rau en el fet que a aquesta persona la jutjarà un tribunal d'adults. En conseqüència, se li pot advertir que ha de dir la veritat? Precisament, la condició mateixa d'acusat demostra que no, ja que és obvi que gaudeix de tots els drets dels acusats: no confessar-se culpable, no declarar o no contestar alguna o algunes de les preguntes que se li facin. I encara més: el jutge li ha de recordar que té aquests drets.

D'altra banda, si ha de prestar declaració com a «testimoni» quan, en realitat, està acusat pels mateixos fets en la jurisdicció d'adults, es planteja la qüestió de si ha d'estar assistit pel lletrat o no. La pràctica habitual en els jutjats de menors i en els jutjats de la jurisdicció d'adults demostra que gairebé en la totalitat dels casos no ho estan, atès que, com s'ha dit, en l'altra jurisdicció compareixen en la condició tècnica de testimonis –per tant, no se cita els seus advocats–; però també és cert que el jutge els instrueix dels seus drets com a imputats perquè és conscient que als adults no els pot jutjar encara que estiguin acusats pels mateixos fets en l'altra jurisdicció.

Quan els adults van al jutjat de menors en aquestes condicions, es planteja la qüestió del valor que cal donar a aquestes declaracions. La raó és que la declaració de l'adult també es pot acompanyar com a prova mitjançant testimoni del que ha declarat en adults, de manera que pot donar-se una situació jurídicament «esperpèntica» en la qual allò que ha declarat en adults no coincideixi amb el que declara en menors; i pot arribar a aquest extrem de contradicció per una causa: pot mentir o, si es vol, pot no dir la veritat i oferir un relat exculpatori que no coincideixi amb la realitat. L'adult pot assumir davant del jutge de menors la responsabilitat dels fets per exculpar el menor i, en adults, afirmar que l'autor dels fets era el menor. En cada cas, el jutge ha

de valorar les declaracions del coimputat. (Ens referim a aquesta qüestió més extensament en una altra part d'aquest treball i ens hi remetem.)

Tots els operadors jurídics (jutges, fiscals, advocats) són conscients que el problema existeix, però ningú (específicament el legislador) no aporta una solució que ho resolgui definitivament. La mateixa Sentència del Tribunal Suprem esmentada anteriorment assenyalava en un altre dels seus apartats: «No s'estima inconvenient, per això, una solució legislativa que resolgui disjuntives processals com aquesta, de manera que compatibilitzi un enjudiciament conjunt en seu d'adults en què també es vetlli pels fins tuitius i per les altres garanties que la LORPM reconeix al menor».

Sobre aquest punt, la **Fiscalia General de l'Estat**, en les seves memòries anuals de 2009 i 2010, recull intents de fiscalies provincials d'atenuar el problema:

L'escissió de la causa en dos procediments seguits per òrgans jurisdiccionals diferents en els supòsits de coparticipació de majors i menors d'edat en els fets delictius d'acord amb el que preveu l'art. 16.5 LORPM genera dificultats en la pràctica. La Secció de Menors de la Fiscalia Provincial d'Oscà actua d'acord amb les pautes següents: en els casos en què des de l'inici de les actuacions s'infereixi que hi ha una causa oberta en un jutjat d'instrucció contra un/uns imputat/s major/s d'edat, això es té molt en compte a l'hora de minutar l'assumpte, per tal d'evitar duplicitat d'actuacions, i se sol·licita des del començament que el jutjat remeti a la Fiscalia el testimoni de la totalitat de les actuacions que es duguin a terme. Cada vegada que es planteja la pràctica d'alguna diligència s'esbrina, mitjançant comunicació telefònica amb aquest jutjat, si aquest l'ha dut a terme, i això s'ha de fer constar per diligència telefònica, i en cas afirmatiu se'n reclama el testimoni i, en cas negatiu, se'n remet còpia de la duta a terme a la Fiscalia. Un cop conclosa la instrucció de l'expedient i en el moment d'evacuar el tràmit d'al·legacions, cal sol·licitar i ajuntar a l'expedient testimoni de l'escrit d'acusació del fiscal (per tal d'evitar qualificacions dispars) i, si escau, de la resolució que va posar fi al procediment. Aquestes resolucions no són vinculants, però poden resultar útils en casos de dubte, per exemple, a l'hora de qualificar els fets com a delictes o falta o d'incoar expedient de reforma o no. També la Secció de Menors de la Fiscalia Provincial de Sevilla subratlla la importància de tenir a la vista la qualificació del fiscal en el procediment d'adults per evitar presentar conclusions contradictòries.

Si bé són lloables els intents de minimitzar la duplicitat d'actuacions, la veritat és que no n'hi ha prou amb les solucions que proposa per resoldre les innombrables disfuncions que presenta el sistema. Encara més: remetre el testimoni de les actuacions del jutjat d'instrucció a la Fiscalia de Menors per evitar que el coimputat adult declari en la jurisdicció de menors, com ha passat en el referit cas de «Marta del Castillo», pot fer que es consideri ineficaç a efectes probatoris. Així doncs, si l'adult implica el menor en una de les declaracions prestades al jutjat d'instrucció i en aquesta declaració no hi era present l'advocat del menor (fet molt freqüent en aquests supòsits de doble enjudiciament, que ja s'ha exposat), aquesta declaració no té eficàcia probatòria al jutjat de menors. En aquest sentit, es pronuncia el **magistrat titular del Jutjat de Menors número 1 de Sevilla en la sentència dictada el 24 de març de 2011 (Expedient de reforma de menors núm. 65/2009)**, després d'una anàlisi jurisprudencial amplíssima:

«La defensa del menor acusat va al·legar en l'acte de l'audiència com a qüestió prèvia, i com a tal ha de ser analitzada i resolta per aquest jutjador, la nul·litat de totes les proves testificals (incloent-hi la que ara analitzem) així com de la reconstrucció de fets efectuada pel menor acusat en el procediment seguit davant la jurisdicció d'adults perquè es van practicar o realitzar sense la presència del representant legal del menor i sense la presència del lletrat del menor. Aquest

jutge considera que la qüestió prèvia al·legada no ha de ser analitzada des del punt de vista de la nul·litat d'actuacions sinó des del punt de vista de l'eficàcia probatòria que s'hi ha de donar i, especialment, a la declaració prestada pel coimputat major d'edat Fernando en data de 17 de març de 2009 davant el Jutjat d'Instrucció núm. 4 de Sevilla, sense perjudici d'aclarir que en aquesta resolució únicament cal estudiar l'eficàcia probatòria de la declaració esmentada en tant que afecta el menor aquí acusat, atès que l'eficàcia probatòria que aquesta declaració pugui tenir per al coimputat major d'edat ha de ser estudiada i analitzada pel tribunal que al seu dia sigui designat i encarregat de l'enjudiciament del procediment en la jurisdicció d'adults.

[...]

La jurisprudència de tots dos tribunals continua indicant la importància que té la transcendència de la garantia de contradicció quan es pretén donar eficàcia probatòria a una diligència o declaració sumarial i assenyala que "cap pronunciament fàctic o jurídic no pot fer-se en el procés penal si no ha estat precedit de la possibilitat de contradicció sobre el seu contingut" (STC 143/2001, de 18 de juny, EDJ 2001/13845), atès que, com s'havia assenyalat en ocasions anteriors "el dret a ser escoltat en judici en defensa dels propis drets i interessos és garantia massa essencial de l'Estat de dret per matisar-lo o posar-li adjectius" (STC 144/1997, de 15 de setembre, EDJ 1997/5383). La possibilitat de contradicció és, per tant, una de les regles essencials del desenvolupament del procés (STC 41/1997, de 10 de març, EDJ 1997/483, 218/1997, de 4 de desembre, EDJ 1997/8340, 138/1999, de 22 de juliol, EDJ 1999/19190 i 91/2000, de 30 de març, EDJ 2000/3822) que es projecta com a exigència de validesa sobre l'activitat probatòria tant si es tracta de diligències sumarials que accedeixen al judici oral com a prova preconstituïda (STC 200/1996, de 3 de desembre, EDJ 1996/9677, 40/1997, de 27 de febrer, EDJ 1997/146 i 94/2002, de 22 d'abril, EDJ 2002/11285) com si es tracta dels supòsits en què, d'acord amb els articles 714 i 730 de la Llei d'enjudiciament criminal, es pretén integrar en la valoració probatòria el contingut de les manifestacions sumarials del testimoni o del coimputat, com si parlem, pròpiament i finalment, de les manifestacions prestades en el judici oral (STC 155/2002, de 22 de juliol EDJ 2002/27981 i 344/2006 de 11 de desembre EDJ 2006/330596). Aquest criteri de respecte al principi de contradicció afecta especialment les declaracions dels testimonis o coimputats de càrrec, ja que el dret de la defensa a interrogar-los forma part essencial del dret de defensa segons l'article 6.3 d/ del Conveni de Roma de 1950 i l'article 14.3 e/ del Pacte de Nova York o Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics de 1966, que concedeixen a qualsevol acusat, com a mínim i entre d'altres, "el dret a interrogar o fer interrogar els testimonis (aplicable també als coimputats) que declarin contra ell" (STS de 18 de març de 1997, EDJ 1997/1841, o de data de 17 de desembre de 1998, EDJ 1998/30962). És per això que la doctrina jurisprudencial exigeix com a requisit necessari per elevar a la categoria de prova la diligència de contingut incriminatori practicada en fase d'instrucció que es garanteixi la contradicció, sempre que sigui factible, és a dir, que la defensa de l'acusat pugui intervenir eficaçment en la pràctica de la diligència exercint el seu dret a la contradicció interrogant el testimoni o coimputat de càrrec.

[...]

Aplicant la doctrina jurisprudencial anterior al supòsit que ens ocupa s'ha d'arribar a les conclusions següents:

A/ En primer lloc, que la declaració esmentada de data 17 de març de 2009 que serveix de base a l'acusació presentada pel Ministeri Fiscal i per l'acusació particular no ha estat feta per un testimoni sinó per un coimputat (pendent encara de la celebració de judici en la jurisdicció d'adults) a qui se li atribueix bàsicament la comissió dels mateixos delictes que al menor acusat i es pot afirmar sense dubtar-ne gens que té la condició d'imputat, atès que el que és rellevant no és si apareix formalment com a testimoni o com a coimputat en un procediment o en l'altre, sinó la seva relació material amb els fets que s'han de jutjar i, en aquest sentit, si és copartípic

d'aquests fets, en el sentit que hi ha tingut intervenció, la seva declaració ha de ser en tot cas com a imputat, i li són aplicables, en conseqüència, totes les garanties legals i les exigències pròpies d'aquesta condició sense cap tipus de reducció, condicionant o trava i, per tant, no té l'obligació de dir la veritat i tampoc no té l'obligació de declarar ni en fase sumarial ni tampoc en el moment de la celebració del judici o de l'acte de l'audiència. En aquests casos, aquest jutgador considera que les exigències del dret de defensa fan encara més necessari garantir o possibilitar la contradicció, ja que els testimonis provenen de coimputats que han declarat sense obligació de dir la veritat i sense haver prestat jurament prèviament.

B/ En segon lloc, cal indicar que es tracta d'una declaració prestada pel coimputat Fernando davant el Jutjat d'Instrucció núm. 4 de Sevilla i que hi eren presents el Ministeri Fiscal, l'acusació particular i les defenses dels coimputats en la jurisdicció d'adults (a excepció de la defensa d'un dels coimputats), però no hi va ser present, ni va ser citada perquè no és part en el procediment, la defensa del menor acusat, que, per tant, no va poder fer cap pregunta al coimputat durant aquesta declaració.

C/ En tercer lloc, cal indicar que en l'expedient de reforma seguit en la Fiscalia de Menors contra el menor acusat, la declaració del coimputat major d'edat feta en data de 17 de març de 2009 (com passa amb la resta de declaracions no només d'aquest coimputat sinó també les dels altres) és incorporada a l'expedient de reforma mitjançant la remissió del testimoni corresponent de l'esmentada declaració i la Fiscalia de Menors no du a terme la declaració en l'expedient de reforma d'aquest coimputat major d'edat amb citació de l'acusació particular i de la defensa del menor acusat perquè, almenys, aquest pugui preguntar al coimputat (l'acusació particular i el Ministeri Fiscal ja ho van fer en el procediment de la jurisdicció d'adults) i garantir d'aquesta manera el compliment de la garantia bàsica del principi de contradicció en fase d'instrucció, com també del principi d'igualtat d'armes entre les parts que intervenen en un procediment penal.

[...]

D/ En l'acte de l'audiència, el coimputat major d'edat es va acollir al seu dret a no declarar, de manera que la defensa del menor acusat tampoc no va poder fer-li cap pregunta i es va produir una col·lisió de drets constitucionals de la mateixa naturalesa i rang: el del coimputat major d'edat a no declarar i el dret del menor acusat de preguntar a qui l'acusa.

Per tot el que s'ha exposat, aquest jutgador pot concloure que la declaració del coimputat major d'edat Fernando prestada davant el Jutjat d'Instrucció núm. 4 de Sevilla en data de 17 de març de 2009 no té eficàcia probatòria perquè durant la instrucció de l'expedient de reforma es va vulnerar la garantia bàsica del principi de contradicció ja que l'advocat del menor acusat no ha pogut fer per causa no imputable a ell mateix (és obvi que en coherència amb la seva estratègia de defensa no ha de ser aquesta la part que proposi la seva declaració en l'expedient de reforma ja que es tracta de la principal prova de càrrec contra el seu defensat) cap ni una pregunta al "testimoni" o coimputat que atribueix al seu defensat la comissió de ni més ni menys que un delictes d'assassinat i dos delictes d'agressió sexual, ja que la Fiscalia de Menors no li ha proporcionat cap ocasió adequada i suficient per fer-ho.»

Tot i això, en les seves memòries de 2011 i 2012, la Fiscalia General de l'Estat insisteix en la necessitat de mantenir una coordinació entre les fiscalies de menors i els jutjats d'instrucció amb l'objecte de remetre amb agilitat els testimonis de les declaracions que els menors prestin en las jurisdicció d'adults, i els adults, en la de menors, i és conscient també de la dificultat que això suposa. Per aquest motiu, i per d'altres, en la Memòria de 2012 fa una proposta de reforma de la LORPM i de la LECrim per a la instrucció i l'enjudiciament conjunt de delictes de màxima gravetat en què concorrin com a coimputats majors i menors d'edat, els de l'art. 10.2 LORPM, és a dir, quan el fet sigui constitutiu d'algun dels delictes que tipifiquen els art. 138, 139, 179, 180 i 571 a 580 del Codi penal, o de qualsevol altre delictes que tingui assenyalada en aquest Codi o en les lleis penals especials pena de presó igual o superior a quinze anys. En l'exposició de la

proposta, recorda que es movia en aquesta direcció la conclusió núm. I.11a aprovada en les Jornades de Fiscals Especialistes de Menors celebrades a Alcalá de Henares els dies 25 i 26 d'octubre de 2010, i que diu literalment el següent:

«[...] és desitjable que en un futur s'adopti algun tipus de modificació legislativa que permeti la instrucció i l'enjudiciament conjunt dels fets en què intervenen majors i menors d'edat, si més no quan es tracti de delictes de màxima gravetat, encara que a cada un se li apliquin les singularitats processals que preveu l'ordenament jurídic per al seu enjudiciament. L'execució de la mesura seria, lògicament, a càrrec del jutge de menors. Concretant la proposta a partir de les premisses establertes i de la conclusió esmentada, la substanciació conjunta dels procediments per a aquests delictes de màxima gravetat es podria abordar distingint les dues fases d'instrucció i d'enjudiciament. Pel que fa a la instrucció, s'hauria d'atribuir la competència en aquesta fase al jutge d'instrucció que conegui de la causa per als adults, el qual ha de desenvolupar igualment la investigació respecte al menor o menors, practicar totes les diligències que pertocuen en la fase instructora i resoldre també pel que fa als menors l'adopció de les mesures cautelars que pertoquessin d'acord amb l'article 28 de la LORPM. Pel que fa a la fase d'enjudiciament, i a l'igual d'altres sistemes de dret comparat, s'ha d'atribuir a un únic tribunal, la Sala que correspongui de l'Audiència Provincial o Tribunal del Jurat que hagi de conèixer de la causa per als adults, en el qual s'han d'integrar, per formar-ne part i pel torn que correspongui, magistrats especialistes de menors, ja sigui de l'Audiència Provincial mateixa en les Audiències en què hi hagi magistrats especialitzats, o, altrament, els mateixos jutges de menors del lloc al qual correspon la competència territorial per al coneixement de la causa. A aquests magistrats especialistes els correspon, amb la resta d'integrants del tribunal, valorar les proves practicades per tal de fixar els fets i fer-ne la qualificació jurídica, i un cop determinats aquests extrems els competirà en exclusiva la determinació de la mesura que sigui més adequada al menor d'acord amb el que disposen els articles 7.3 i 10.2 de la LORPM. Tot allò relatiu a la fase d'execució és competència exclusiva del jutge de menors.»

No obstant aquestes consideracions, cal advertir i destacar una vegada i una altra que la separació de jurisdiccions té el seu fonament en la diversitat qualitativa i substantiva dels principis que sustenten cada jurisdicció, i específicament els que informen la subjurisdicció de menors i que porten causa de la normativa internacional (especialment, la Convenció sobre els Drets del Nen de 1989) subscripta per Espanya i incorporada al dret intern com a vinculant, que fan molt difícil (per no dir impossible) les reformes proposades sense obviar (o contradir obertament) tals principis.

Pel que fa a la qüestió relativa a la pràctica de determinades diligències d'investigació i, específicament, a la d'intervenció/observació telefònica o de determinats continguts en suports, es pot portar a col·lació la recent **Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció Quarta, de 20 de juliol de 2016 (ROJ: SAP M 10137/2016 - ECLI:ES:APM:2016:10137)**:

«Per tant, cenyint-nos exclusivament al menor Anselm ., cal assenyalar que la diligència de clonació i anàlisi del telèfon mòbil del menor referit, disposada pel Jutjat d'Instrucció, que implicava el coneixement del contingut de converses de "Whatsapp" que havien tingut lloc en un procés de comunicació ja finalitzat entre el menor i tercers i que es trobaven registrades en el seu terminal telefònic, és indubtable que afectava el dret a la intimitat que preveu l'article 18.1 de la Constitució (STC núm. 70/2002, FJ 9) i que l'òrgan competent per ordenar-la no era un altre que el Jutjat de Menors, a sol·licitud del Ministeri Fiscal, segons el que disposen els articles 16.1, 23.3 i 26.3 de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.

D'això se segueix que el Jutjat d'Instrucció núm. 20 de Madrid, que va tenir coneixement, des del primer moment, que entre els telèfons la clonació i anàlisi dels quals sol·licitava la policia hi havia el d'un menor d'edat, va haver de denegar l'autorització demanada respecte d'aquest darrer i deduir-ne testimoni, si esqueia, per remetre'l a la Fiscalia de Menors, a fi que aquesta última pogués sol·licitar al Jutjat de Menors, si ho estimava procedent, la pràctica d'aquesta diligència respecte del telèfon del menor, sobretot tenint en compte que quan el jutjat d'instrucció va determinar l'adopció d'aquesta diligència (17-12-2014) ja s'havia iniciat la instrucció a la Fiscalia de Menors (16-12-2014).

El que s'acaba d'afirmar no entra en col·lisió amb el que disposa l'article 16.5 de la Llei orgànica 5/2000, ja que aquest últim precepte el que indica és que si els fets delictius han estat comesos conjuntament per majors i menors d'edat, el jutge d'instrucció competent per al coneixement de la causa de majors, tan aviat com comprovi l'edat dels imputats, ha d'adoptar les mesures necessàries per assegurar l'èxit de l'activitat investigadora "respecte dels majors d'edat" i ha d'ordenar remetre testimoni dels particulars necessaris al Ministeri Fiscal perquè aquest procedeixi a incoar l'expedient de reforma corresponent, si ho considera procedent, i practiqui les diligències d'instrucció que consideri oportunes. És a dir, el precepte no autoritza la forma com ha procedit el Jutjat d'Instrucció núm. 20 de Madrid respecte de l'investigat menor d'edat, i encara menys quan en la interlocutòria per la qual es determina la clonació i l'accés a les converses de "Whatsapp" registrades en el telèfon mòbil del menor no es fa cap raonament sobre la necessitat d'adoptar aquesta mesura també respecte d'aquest últim per assegurar l'èxit de l'activitat investigadora respecte dels majors d'edat.

El que s'ha exposat determina la nul·litat de la diligència ordenada pel Jutjat d'Instrucció núm. 20 de Madrid respecte del menor Anselmo, en atenció al que disposa l'article 238.1 de la Llei orgànica del poder judicial, que assenyala que els actes processals són nuls de ple dret quan es produeixin per o davant un tribunal amb falta de jurisdicció o de competència objectiva o funcional.»

Es planteja de nou la qüestió derivada de l'art. 16.5 LORPM que venim tractant, i això en la perspectiva que un altre cop queda afectat el dret de defensa del menor implicat en la consideració que el jutge d'instrucció, que és coneixedor de la minoria d'edat dels subjectes implicats, ordena la pràctica de la diligència de la qual deriven les investigacions oportunes, a les quals, pel fet de ser de procediment diferent (diligències prèvies del jutjat d'instrucció) del seguit enfront dels menors (expedient seguit en la Fiscalia Provincial), no van tenir accés els investigats i els seus lletrats sinó a posteriori.

En aquest sentit, la sentència esmentada assenyala:

«Cal afegir al que s'ha exposat que l'actuació del jutjat d'instrucció, en disposar aquesta diligència, ha situat el menor d'edat en indefensió manifesta, tenint en compte, d'una banda, que la clonació i l'accés posterior als seus missatges de "Whatsapp" ha tingut lloc en una causa –la de majors– en la qual ni tan sols havia arribat a ser part i en la qual es va produir aquest abocament i accés sense donar-li tan sols l'oportunitat d'intervenir o participar en tal diligència. I no constitueix justificació d'aquesta conducta processal el fet que la causa hagués estat declarada secreta, si es repara en el fet que la intervenció en aquest abocament i accés garanteix el dret de defensa, de la mateixa manera que la presència en un escorcoll, sense que a ningú se li acudeixi fer un escorcoll de l'habitatge d'un imputat de forma subreptícia i sense la seva presència, sota l'argument que la causa ha estat declarada secreta.

Cal afegir al que s'ha exposat que el fet que el Jutjat d'Instrucció havia ordenat i practicat aquesta diligència ni tan sols va ser conegut per la Fiscalia de Menors fins que, per mitjà d'ofici de 28 d'abril de 2015 –més de quatre mesos després d'haver estat disposada–, la policia va informar a aquesta última que el Jutjat d'Instrucció núm. 20 de Madrid havia autoritzat l'estudi i l'anàlisi del telèfon intervingut al menor quan va ser detingut el dia 16 de desembre de 2014.

Del que s'ha exposat es dedueix que el menor no ha pogut intervenir en la diligència indicada, practicada sobre el seu telèfon mòbil i ordenada per un jutge que funcionalment no tenia competència per ordenar-la, i que només ha pogut accedir-ne al resultat mesos més tard, cosa que constitueix un motiu addicional per declarar-ne la nul·litat, d'acord amb el que disposa l'article 238.3 de la Llei orgànica del poder judicial, per vulneració del dret de defensa que l'article 24 de la Constitució reconeix al menor.»

No obstant això, la Sala conclou que no hi ha vulneració de dret fonamental substantiu, ja que és cert que la resolució per la qual es determina la pràctica de la ingerència és adoptada per autoritat judicial i de forma raonada i proporcionada. Així doncs, assenyala:

«Ara bé, la nul·litat esmentada no es produeix, com resulta del que ja s'ha exposat, per vulneració de drets fonamentals substantius. En aquest sentit, malgrat que el Jutjat d'Instrucció no tenia competència per ordenar la clonació i l'accés al contingut del telèfon mòbil del menor, l'entitat d'aquesta infracció processal no arriba a generar una vulneració del dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei (art. 24 CE), cosa que només s'esdevé, d'acord amb una reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional, quan l'òrgan judicial que assumeix la competència ho fa d'una manera fraudulenta i amb una manipulació normativa conscient, la qual cosa no es pot entendre que hagi passat en el supòsit que ens ocupa, en què el màxim que es podria apreciar seria una actuació errònia o negligent del jutjat d'instrucció en disposar la clonació i l'accés al telèfon del menor.

En aquest sentit, en la Sentència núm. 35/2000, de 14 de febrer, el Tribunal Constitucional assimila la vulneració del dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei a la "ruptura deliberada de l'esquema competencial per capritx o conveniència aliens a la seva estricta dimensió jurídica, en funció de circumstàncies de fet", i afegeix que el referit dret "pot quedar en entredit quan un assumpte se sostrau indegudament i injustificadament a aquell a qui la Llei ho atribueix per al seu coneixement, amb manipulació del text de les regles de distribució de competències amb una arbitrietat manifesta".

En el mateix sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 191/2011, de 12 de desembre, exigeix, perquè pugui apreciar-se la vulneració del dret al jutge ordinari predeterminat per la Llei, que la interpretació normativa que condueixi a l'assumpció de la competència "suposi una manipulació manifestament arbitrària de les regles legals sobre atribució de competències".

Tampoc no es pot entendre que s'hagi produït una vulneració del dret a la intimitat del menor, que preveu l'article 18.1 de la Constitució, pel sol fet que la diligència de clonació i accés a les converses registrades en el seu telèfon mòbil hagi estat disposada pel jutge d'instrucció i no pel Jutjat de Menors, ja que, en qualsevol cas, està autoritzada judicialment i la interlocutòria que així ho determina motiva prou l'adopció de la mesura respecte dels telèfons intervinguts als detinguts, entre els quals s'inclouïa el del menor, en assenyalar que la diligència està justificada per la gravetat del delictes pel qual es va procedir a la incoació de la causa, considerant-la idònia, necessària i útil amb vista a l'aclariment de fets tan greus, i afegir que, basant-se en tot això, es

troba justificada i resulta proporcionada, en el cas concret, la restricció del dret fonamental, en atenció a l'interès constitucional en la persecució del delicte investigat.

Cal destacar també que el jutjat d'instrucció va concedir l'autorització judicial en el marc de la investigació dels mateixos fets delictius que eren objecte de l'expedient incoat a la Fiscalia de Menors, de manera que es tracta d'un supòsit de jurisdiccions concurrents, en els quals, de vegades, es produeixen solapaments involuntaris en l'àmbit de les investigacions respectives, que, si bé poden donar lloc a infraccions normatives en l'àmbit de la legalitat ordinària, no arriben a assolir, com passa aquí, rellevància constitucional, tenint en compte l'existència de l'autorització judicial corresponent justificadora de la ingerència i la finalitat concreta que perseguia.»

En vista de la doctrina exposada, es pot concloure que en el cas que se suscita la problemàtica derivada de l'art. 16.5 LORPM perquè s'investiguen fets en què han intervingut una pluralitat de subjectes, algun o alguns dels quals són majors d'edat i un altre o d'altres, menors, fins que no estigui acreditada en la investigació aquesta minoria d'edat, el jutge d'instrucció és competent per adoptar les mesures ingerents de drets fonamentals, si bé, des del moment que hi ha constància acreditada d'aquesta minoria d'edat, s'ha de remetre testimoni dels particulars a la Fiscalia de Menors oportuna (i adoptar les mesures necessàries per assegurar l'èxit de l'activitat investigadora respecte dels adults), i des d'aquest moment serà incompetent per adoptar mesures respecte dels implicats menors d'edat, i a aquest efecte és competent des d'aquest moment el/la fiscal de menors i ha d'instar el jutge de menors la pràctica de diligències ingerents de drets fonamentals dels menors de conformitat amb el que estableixen els art. 16.1 i 23.3 LORPM.

Per això es considera adequat que en aquests supòsits la unitat de policia judicial corresponent o la unitat instructora policial (en tant que òrgan comú a totes dues jurisdiccions) extremi les precaucions oportunes per tal de coordinar-se adequadament amb el magistrat instructor i el fiscal de menors instructor per tal d'instar les diligències ingerents (observacions telefòniques, entrades i registrats en domicili, obertura d'arxius continguts en suports). A aquest efecte, seria fins i tot adequat fer reunions conjuntes de coordinació entre el jutge d'instrucció i el fiscal instructor amb la policia instructora per garantir el tractament adequat de la investigació des de la perspectiva de la salvaguarda del bon fi de la investigació i dels drets dels investigats.

En el mateix sentit i finalitat, i tenint en compte la necessitat d'informe del Ministeri Fiscal a què es refereix l'art. 588 bis c LECrim (dins el capítol «Disposicions comunes a la interceptió de les comunicacions telefòniques i telemàtiques, la captació i gravació de comunicacions orals mitjançant la utilització de dispositius electrònics, la utilització de dispositius tècnics de seguiment, localització i captació de la imatge, el registre de dispositius d'emmagatzematge massiu d'informació i els registres remots sobre equips informàtics») després de la reforma per Llei orgànica 13/2015, de 5 d'octubre, de modificació de la Llei d'enjudiciament criminal per a l'enfortiment de les garanties processals i la regulació de les mesures d'investigació tecnològica (BOE de 6 octubre, amb vigència des del 6 de desembre de 2015), el Ministeri Fiscal ha d'extremar igualment les precaucions si observa indicis d'aquesta confluència de participació de majors i menors per tal d'instar el que sigui oportú en el seu informe.

En el mateix sentit que estem tractant, podem referir-nos al dret a la intimitat del menor (sospatís criminalment) afectat per la resolució judicial adoptada per un jutjat d'instrucció en el curs d'una investigació, i particularment el supòsit que preveu la **Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem núm. 249/2014, de 14 de març (ponent Excm. Sr. Antonio del Moral García) (ROJ: STS 1294/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1294)**, referida a l'ús, en el curs de la investigació, d'una

fotografia d'un sospitós obtinguda quan era menor d'edat, cosa que prohibeix l'art. 2.8 del Reglament de Responsabilitat Penal dels Menors.

Però la sentència esmentada centra la problemàtica més aviat en l'anomenat «**dret a l'autodeterminació informativa**» (que qualifica de «dret de nova generació») que no pas en el dret a la pròpia imatge o a la intimitat, entenent que des aquestes perspectives no hi hauria obstacle legal per fer-ne ús.

I és que la sentència indica que aquesta prohibició reglamentària implica, entre altres coses, una sèrie de barreres a l'ús de dades contingudes en bases (com és ara els arxius policials i la consideració de dada que té la fotografia, fent esment exprés a la STC 14/2003, de 20 de gener, que ho considera així).

Així doncs, la sentència referida situa la utilització d'aquesta fotografia del sospitós obtinguda quan era menor d'edat en el marc de la il·licitud probatòria de l'art. 11 LOPJ, i fa igualment l'absència de motivació de la seva adopció (en haver-ne disposat l'exhibició el jutjat instructor mitjançant simple providència immotivada).

La sentència recull expressament la redacció de l'art. 2 del Reial decret 1774/2004, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, que a l'efecte del que aquí ens interessa també reproduïm en la forma que ho fa la sentència:

«3. Els registres policials on constin la identitat i altres dades que afectin la intimitat dels menors són de caràcter estrictament confidencial i no poden ser consultats per tercers. Només tenen accés als arxius esmentats les persones que participin directament en la investigació d'un cas en tràmit o les persones que, en l'exercici de les seves competències respectives, autoritzin expressament el jutge de menors o el ministeri fiscal, tot això sense perjudici de les disposicions que, en matèria de regulació de fitxers i registres automatitzats, dictin les comunitats autònomes d'acord amb les seves competències respectives.

4. A aquest efecte, quan, de conformitat amb l'article 17 de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, es procedeix a detenir un menor, es pot procedir a prendre ressenya de les seves empremtes dactilars, així com fotografies de la seva cara, que s'han de remetre, com a part de l'atestat policial, al ministeri fiscal per a la instrucció de l'expedient, i han de constar a la base de dades d'identificació personal.

[...]

6. A més d'això, hi ha d'haver un registre o arxiu central on, de manera específica per a menors, s'incorpori la informació relativa a les dades d'aquests resultants de la investigació. Aquest registre o arxiu només pot facilitar informació a requeriment del ministeri fiscal o del jutge de menors. Tant els registres policials com el registre central al qual es refereix aquest apartat estan sotmesos al que disposa la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

7. Quan el ministeri fiscal o el jutge de menors, en l'exercici de les competències que els atribueix la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, vulguin consultar dades relatives a la identitat o l'edat d'un menor, han de requerir d'aquest registre o arxiu central que es comparin les dades que els consten amb les que hi hagi en el registre esmentat, a fi d'acreditar la identitat o altres dades del menor expedientat. Amb aquesta finalitat, han d'adreçar una comunicació, directament o a través del grup de menors o altres unitats similars, a l'esmentat registre, que ha de facilitar les dades i emetre un informe sobre els aspectes requerits.

8. Els registres de menors a què es refereix aquest article no poden ser utilitzats en processos d'adults relatius a casos subsegüents en els quals estigui implicada la mateixa persona.

[...]

10. Quan per a la identificació d'un menor s'hagi d'acudir a la diligència de reconeixement que preveu l'article 369 de la Llei d'enjudiciament criminal, aquesta diligència només es pot portar a terme amb una ordre o autorització del ministeri fiscal o del jutge de menors segons les seves pròpies competències [...].»

I el **fonament jurídic 4t** de la sentència assenyala:

«QUART.- Com s'ha d'interpretar la contundent prescripció de l'art. 2.8?: "Els registres de menors a què es refereix aquest article no poden ser utilitzats en processos d'adults relatius a casos subsegüents en els quals estigui implicada la mateixa persona".

Quan es parla de "processos d'adults" només es pot pensar en processos penals. Sembla aixecar una muralla sense cap escletxa: per definició, al capdavant d'un procés penal d'adults hi ha una autoritat judicial.

Una interpretació contextual encoratjaria aquest enteniment: quan es preveuen actuacions que necessiten autorització judicial, cosa que apareix diverses vegades en el precepte, se n'hi inclou específicament l'excepció. En canvi, en la regla 8a no s'introdueix cap matís. Encara més: amb anterioritat, quan es refereix a la utilització d'aquests arxius, afirma que només poden ser consultats per la persona que participa directament en la investigació d'un cas en tràmit (es refereix clarament a un procés de menors) o aquelles que siguin autoritzades expressament pel jutge de menors o pel Ministeri Fiscal (art. 2.3). N'hi hauria prou, amb aquesta norma. La regla 8a de l'art. 2 restaria buida de contingut si entenguéssim que l'autorització judicial sempre permet accedir a aquestes dades en un procés d'adults. L'art. 2.8 no afegiria res al 2.3. La remissió global a la Llei de protecció de dades abundaria en aquesta idea: interpretada d'aquesta manera, la regla seria supèrflua (art. 11 i 22 LPD).

En sentit contrari, però, que el precepte vagi encapçalat per la llegenda Actuació de la policia judicial pot suggerir que la limitació només es efectiva respecte dels agents policials, que trobarien la clau per accedir a aquests registres en casos en què el menor ja és adult en el plàcet judicial, encara que certament el context porta a pensar més en el jutge de menors que en el jutge encarregat de la nova investigació.

El precepte suscita moltes incògnites que a la pràctica no sempre són resoltes de manera uniforme.

La norma no té correspondència en la llei: és un cas de sobreprotecció reglamentària del dret fonamental. Obeeix a les regles especials de confidencialitat que regeixen en el procediment de menors segons el que aconsella i imposa la normativa internacional. No només això: és gairebé el reflex bastant fidel, fins i tot en la seva mateixa redacció –o traducció–, no totalment diàfana, de la regla 21 de les conegudes com a Regles de Beijing (Regles mínimes de les Nacions Unides per a l'administració de justícia de menors adoptades per l'Assemblea General en la resolució 40/33, de 28 de novembre de 1985):

"21. Registres

21.1 Els registres de menors delinqüents han de ser de caràcter estrictament confidencial i no poden ser consultats per tercers. Només han de tenir accés a aquests arxius les persones que participin directament en la tramitació d'un cas en curs, així com altres persones degudament autoritzades.

21.2 Els registres de menors delinqüents no es poden utilitzar en processos d'adults relatius a casos subsegüents en els quals estigui implicat el mateix delinqüent”.

L'absència de cobertura legal de la norma reglamentària en certa mesura queda esmenada per aquesta correspondència amb unes regles de Nacions Unides que, encara que no tinguin valor normatiu en si, són assumides i referenciades expressament en la Convenció sobre Drets de l'Infant ratificada per Espanya. Les STC que aborden qüestions relacionades amb el procés de menors citen de manera recurrent aquestes regles.

Les Regles de Beijing no constitueixen l'únic referent normatiu internacional que concorda amb la previsió nacional de nivell reglamentari. La Recomanació del Comitè de Ministres del Consell d'Europa R (1987) 20 sobre “reaccions socials davant la delinqüència juvenil”, en el punt 10, recomana als Estats membres “assegurar que les anotacions de les decisions referents als menors en el registre de penats siguin confidencials i es comuniquin únicament a les autoritats judicials o a les autoritats equivalents; que aquestes anotacions no s'esmentin després de la majoria d'edat dels interessats sense motiu imperiós previst per la llei nacional”.

Per la seva banda, el punt 67 de l'Observació General núm. 10 (2007) del Comitè dels Drets de l'Infant sobre “els drets de l'infant en la justícia de menors”, recomana que “els Estats part adoptin normes que permetin la supressió automàtica en els registres d'antecedents penals del nom dels infants delinqüents quan aquests compleixin 18 anys, o, en un nombre limitat de certs delictes greus, permetin la supressió del nom de l'infant, a petició seva si és necessari en determinades condicions” (per exemple, que no hagi comès un delicte en els dos anys posteriors a l'última condemna). El punt 66 de la mateixa Observació General disposa que “el dret a la vida privada també significa que els registres de menors delinqüents han de ser de caràcter estrictament confidencial i no poden ser consultats per tercers excepte per les persones que participin directament en la investigació i resolució del cas. Per tal d'evitar l'estigmatització i/o els prejudicis, els registres de menors delinqüents no es poden utilitzar en processos d'adults relatius a casos subsegüents en els quals estigui implicat el mateix delinqüent –Regles de Beijing núm. 21.1 i 21.2– o com a base per dictar sentència en aquests processos futurs”.

En sintonia amb aquestes indicacions, el règim d'accés a la informació continguda en el Registre especial per a Sentències sobre responsabilitat penal de menors és molt estricte. La disposició addicional tercera LO 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors (LORPM), estableix que “El Ministeri de Justícia ha de portar un registre de sentències fermes dictades en aplicació del que disposa aquesta Llei, les dades del qual només poden ser utilitzades pels jutges de menors i pel ministeri fiscal a efectes del que estableixen els articles 6, 30 i 47”. Sembla excloure l'accés d'òrgans no enquadrats en la jurisdicció especial. Si l'art. 6 LORPM es refereix a la investigació del fiscal per fets delictius comesos per menors; l'art. 30 LORPM, al contingut de l'escrit d'al·legacions del fiscal en el procés de menors; i l'art. 47, a la refosa i acumulació de mesures imposades a menors, la conclusió és que el Registre de sentències fermes no pot expedir certificats d'antecedents penals a instàncies d'autoritats diferents dels jutges de menors i el Ministeri Fiscal o amb fins diferents als estrictament prefixats. Ni tan sols en principi per un jutge d'instrucció.

Davant d'aquest panorama gens clar, hauríem d'elucubrar sobre si és suficient l'autorització judicial per a l'ús d'una fotografia d'un menor infractor amb fins d'investigació per fets comesos quan ja és adult; o si el precepte conté un mandat que no admet cap excepció, així com sobre la seva combinació amb el que disposa la Llei de protecció de dades. Ho fa amb bona tècnica jurídica el recurs.

La filosofia que sembla inspirar aquesta dràstica prescripció i els seus referents supranacionals rau a blindar la vida passada de l'infractor quan accedeix a la majoria d'edat; separar

rotundament una etapa de l'altra. Hi hauria una "creu i ratlla" imposada normativament; un fer tabula rasa per començar des de zero. No obstant això, un propòsit tan benintencionat queda plasmat de manera molt poc matisada, i en termes tan contundents es percep com a excessiu. Hi ha béns jurídics importants que n'haurien de permetre almenys la ponderació. No es pot tenir en compte, per exemple, l'ordre d'allunyament que es va imposar a un menor que ja ha accedit a la majoria d'edat per determinar si ha comès un delict de trencament de condemna? No seria possible aportar a l'executòria seguida contra un jove ja condemnat, les sentències dictades per jutges de menors contra ell quan era menor per tal de decidir sobre la suspensió de condemna? La literalitat de la norma convida a la resposta negativa, però sembla exagerada i poc conforme al règim general aquesta indiscriminada i gens matisada eficàcia absoluta impermeable a qualsevol ponderació.»

No obstant aquesta filosofia inspiradora de la LORPM i del seu Reglament, protectora de la intimitat dels menors, i en resposta a alguna de les preguntes que recull la sentència transcrita en aquest últim paràgraf, sembla que aquests principis estan començant a ser obviats, i n'és un exemple la **Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència**, que ha modificat la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor, i específicament l'art. 13, que disposa actualment: «5. Per a l'accés i l'exercici de les professions, els oficis i les activitats que impliquin el contacte habitual amb menors, és requisit no haver estat condemnat per sentència ferma per algun delict contra la llibertat i indemnitat sexual, que inclou l'agressió i l'abús sexual, l'assetjament sexual, l'exhibicionisme i la provocació sexual, la prostitució i l'explotació sexual i corrupció de menors, així com per tràfic d'éssers humans. A aquest efecte, qui vulgui accedir a aquestes professions, oficis o activitats ha d'acreditar aquesta circumstància mitjançant l'aportació d'una certificació negativa del Registre central de delinqüents sexuals».

Amb aquesta finalitat, la **disposició final dissetena de la Llei orgànica esmentada ha creat el Registre central de delinqüents sexuals, i per Reial decret 1110/2015, d'11 de desembre**, s'ha desenvolupat aquest registre, en el qual es preveu la inscripció (entre d'altres) de totes les sentències fermes dictades pels jutjats de menors per delictes comesos contra la llibertat i la indemnitat sexuals (amb comunicació retroactiva automàtica de les dictades abans de la llei).

5è- LES RELACIONS DEL JUTJAT D'INSTRUCCIÓ AMB ELS JUTJATS DE MENORS

Joaquín Gadea Francés

Magistrat del Jutjat d'Instrucció número 1 de Tarragona

L'actuació dels jutges d'instrucció durant el servei de jutjat de guàrdia pot incloure àmbits, matèries o fins i tot jurisdiccions diferents de la penal, la pròpia en què s'emmarca el jutjat d'instrucció com a òrgan competent per investigar les infraccions penals.

Les competències del jutge d'instrucció, quan exerceix funcions pròpies del servei de guàrdia, varien considerablement en funció del lloc en què es troba la seu judicial. Així doncs, les funcions del jutjat de guàrdia poden augmentar en els partits en què el jutge d'instrucció assumeix, amb caràcter d'urgència, les funcions pròpies d'altres òrgans judicials de caràcter provincial.

Es tracta d'una mena de geometria variable per la qual s'atribueix al jutge d'instrucció un paper clau en la continuïtat de la prestació d'una activitat jurisdiccional, l'eix orientador de la qual sempre és el del servei als ciutadans que interpel·len una actuació jurisdiccional.

La regulació del **servei de guàrdia es fixa en el Reglament 1/2005 dels Aspectes accessoris de les actuacions judicials del Consell General del Poder Judicial** (en endavant, CGPJ).

Així doncs, l'art. 42 del Reglament estableix com a objecte del servei de guàrdia:

«En l'àmbit penal, el precepte estableix com a funcions pròpies del Jutjat de Guàrdia les següents:

- a) La recepció i incoació, si escau, dels processos corresponents als atestats, denúncies i querelles que es presentin durant el temps de guàrdia.
- b) La realització de les primeres diligències d'instrucció criminal que resultin procedents, entre les quals hi ha les mesures cautelars de protecció a la víctima.
- c) L'adopció de les resolucions oportunes sobre la situació personal dels qui siguin conduïts com a detinguts a presència judicial.
- d) La celebració dels judicis immediats de delictes lleus que preveu la Llei d'enjudiciament criminal,
- e) La tramitació de diligències urgents i d'altres actuacions que el títol III del llibre IV de la Llei d'enjudiciament criminal (en endavant, LECrim) atribueix al jutge de guàrdia.
- f) I, així mateix, la pràctica de qualssevol altres actuacions de caràcter urgent o inajornable entre aquelles que la Llei atribueix als jutjats d'instrucció i als jutjats de violència sobre la dona. Totes aquestes actuacions s'entenen com a urgents a l'efecte de l'art. 183 de la Llei orgànica del poder judicial (en endavant LOPJ) que estableix "Són inhàbils els dies del mes d'agost per a totes les actuacions judicials, excepte les que es declarin urgents per les lleis processals. Això no obstant, el Consell General del Poder Judicial, mitjançant un reglament, els pot habilitar a efectes d'altres actuacions".»

El precepte estableix en primer lloc les línies bàsiques d'actuació sobre les quals recolza el funcionament del jutjat d'instrucció durant el servei de guàrdia, com a òrgan amb una dimensió doble: d'una banda, jurisdiccional, en tant que s'adopten decisions d'aquesta naturalesa (s'adopten decisions, es fan diligències d'instrucció, es dicten sentències, se celebren judicis, etc.), però, de l'altra, també administrativa, en tant que receptor dels atestats, les denúncies i les

querelles que accedeixen al jutjat, als quals dona el curs que correspongui segons les normes de repartiment del partit.

Ara bé, com hem indicat anteriorment, l'actuació del jutjat d'instrucció en substitució durant el servei de guàrdia no es limita únicament a l'activitat penal ordinària. De vegades, actua en substitució d'altres òrgans jurisdiccionals, fins i tot pertanyents a jurisdiccions diferents.

Així doncs, tal com preveu el Reglament d'aspectes accessoris, els jutjats d'instrucció actuen en matèries pròpies del jutjat de violència sobre la dona quan en el partit judicial no hi ha servei de guàrdia de jutjats de violència sobre la dona, i fa actuacions com ara: la regularització de la situació personal dels qui són detinguts per la seva presumpta participació en delictes la instrucció dels quals sigui competència dels jutjats de violència sobre la dona; la resolució de les sol·licituds d'adopció de les ordres de protecció de les víctimes d'aquells delictes, sempre que aquestes sol·licituds es presentin i els detinguts siguin posats a disposició judicial fora de les hores d'audiència d'aquests jutjats.

En matèria civil i de Registre Civil, en els partits judicials en què hi hagi separació entre els jutjats de primera instància i els jutjats d'instrucció, i quan el volum de treball ho requereixi, la Sala de Govern corresponent, oïda la Junta de Judges, pot proposar al CGPJ l'establiment d'un servei especial per atendre les actuacions de caràcter inajornable que, dins de la jurisdicció civil o en l'àmbit del Registre Civil, se suscitin en dies i hores inhàbils. El jutjat d'instrucció en servei de guàrdia ha d'assumir, en tot cas, les actuacions urgents i inajornables que se suscitin en l'àmbit de l'Oficina del Registre Civil.

En l'àmbit governatiu, els jutges de guàrdia poden assumir les funcions que atribueix als jutges degans l'art. 70 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, que es refereix als assumptes no repartits, quan, si no ho fes, es podria trencar algun dret o produir-se algun perjudici greu i irreparable.

En matèria contenciosa administrativa, quan es tracta d'actuacions instades en dies inhàbils o fora de l'horari del jutjat, els jutges de guàrdia assumeixen la funció d'autoritzar les entrades en domicilis i llocs l'accés als quals requereix el consentiment del seu titular; l'adopció de mesures sanitàries urgents i necessàries per protegir la salut pública; l'adopció de mesures cautelars que preveu l'art. 135 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, en relació amb actuacions de l'Administració en matèria d'estrangeria, asil polític i condició de refugiat que impliquin expulsió, devolució o retorn.

D'això es desprèn que l'actuació del jutjat d'instrucció durant el servei de guàrdia és heterogènia, i se'n poden inferir algunes característiques pròpies d'aquest tipus d'actuacions tal com les regula el Reglament d'aspectes accessoris:

En primer lloc, convé posar en relleu que les funcions que el Reglament atribueix als jutjats de guàrdia no estan enumerades amb caràcter tancat, no tenen caràcter exhaustiu, com es desprèn de les expressions «actuacions urgents de violència sobre la dona», «actuacions inajornables».

En segon lloc, l'actuació dels jutges d'instrucció, durant la guàrdia, fora de l'àmbit penal que els és propi, sol obeir a raons d'urgència, que requereixen una intervenció immediata i inajornable (tal com estableix l'art. 42.1, paràgraf II en relació amb l'art. 183 LOPJ).

En tercer lloc, el jutge d'instrucció, quan du a terme actuacions en àmbits que no li són propis (assumptes penals ordinaris), actua per substitució d'un altre òrgan judicial o, dit d'una altra manera, mentre fa l'actuació processal requerida, el magistrat deixa de ser jutge d'instrucció per «esdevenir» jutge administratiu, civil, de violència sobre la dona, de registre civil o de menors. En aquest sentit, ha d'atenir-se a les normes de repartiment pel que fa a l'atribució final dels assumptes un cop feta l'actuació requerida, i remetre'n l'expedient al jutge competent.

A) De les diferents actuacions del jutjat d'instrucció en servei de guàrdia, interessa posar l'accent en aquelles en què el jutge penal de majors actua en matèria de dret penal de menors, és a dir, actua com a jutge de menors

L'art. 96 de la vigent Llei orgànica del poder judicial assenyala que: «A cada província, amb jurisdicció en tota ella i seu a la seva capital, hi ha d'haver un o més jutjats de menors. Això no obstant, quan el volum de feina ho aconselli, es poden establir jutjats de menors la jurisdicció dels quals s'estengui a un partit determinat o agrupació de partits, o bé a dues o més províncies de la mateixa comunitat autònoma. Agafen el nom de la població on radiqui la seva seu».

En termes generals, als jutges de menors els correspon l'exercici de les funcions que estableixin les lleis envers els menors que hagin incorregut en conductes tipificades per la llei com a delictes i aquelles altres que, en relació amb els menors d'edat, els atribueixin les lleis, com també l'emissió i l'execució dels instruments de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea que els atribueixi la llei (art. 97 LOPJ, d'acord amb la nova redacció donada per LO 6/2014). Segons el que preveu l'art. 1 de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors (LORPM), aquest text legal s'aplica per exigir la responsabilitat de les persones majors de 14 anys i menors de 18 per la comissió de fets que el Codi penal o les lleis penals especials tipifiquin com a delictes o faltes. I això sense perjudici de les facultats atribuïdes per la llei esmentada a les comunitats autònomes respecte a la protecció i reforma de menors.

Doncs bé, en els partits judicials en què tingui la seu el jutjat de menors, el jutge d'instrucció en funcions de jutjat de guàrdia actua com a jutge de menors en alguns supòsits, per raons d'urgència i amb caràcter excepcional.

A aquesta qüestió es refereix l'apartat 3 de l'art. 42 del Reglament, que atribueix al jutge d'instrucció un seguit de funcions que podem sintetitzar de la manera següent:

- L'adopció de mesures cautelars respecte de les persones incloses en l'àmbit d'aplicació de la LORPM.
- La pràctica de diligències restrictives dels drets fonamentals d'aquestes persones, quan la seva necessitat se suscitï fora de les hores d'audiència del jutjat de menors corresponent, sempre que a la demarcació d'aquest jutjat de menors no hi hagi un servei de guàrdia propi d'aquesta classe d'òrgans jurisdiccionals.
- L'autorització que ha d'atorgar el jutge de menors dels permisos extraordinaris que preveu l'art. 47 (defunció o malaltia greu de familiars o naixement d'un fill dels menors internats) del Reial decret 1774/2004, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 5/2000, que per raons d'urgència hagin de ser autoritzades per l'autoritat judicial.

A l'igual del que s'ha assenyalat respecte de les altres actuacions en què intervé el jutge d'instrucció en servei de guàrdia, aquesta enumeració no té caràcter de *numerus clausus*, sinó que hi ha altres supòsits en què el jutge de guàrdia pot intervenir en un assumpte determinat com a jutge de menors, en aquest sentit podem assenyalat:

1. Serà competent per resoldre el procediment d'*habeas corpus* en relació amb un menor el jutge d'instrucció del lloc en el qual el menor es troba privat de llibertat (art. 17.6 LORPM).
2. Resoldre, en cas d'urgència, sobre les diligències sol·licitades per alguna de les parts al Ministeri Fiscal, quan afectin drets fonamentals (d'acord amb l'art. 26.3 LORPM).
3. Declaració del secret de l'expedient que preveu l'art. 24 LORPM per substitució del jutge de menors, quan es tracti d'assumptes urgents i inajornables.
4. L'art. 17.4 LORPM remet al que disposa l'art. 520 bis de la Llei d'enjudiciament criminal (LECRim), quan es tracti d'un menor que hagi participat en algun dels delictes a què es refereix l'art. 384 bis LECrim (persona integrada o relacionada amb bandes armades o individus terroristes o rebels). En aquests casos, el termini de detenció es pot ampliar, i el jutge de guàrdia del jutjat central d'instrucció pot actuar en substitució del Jutjat Central de Menors.

B) La determinació de l'edat del menor suscita un interès especial

Segons la normativa vigent, podem distingir **tres supòsits diferents** relacionats amb la determinació de l'edat d'un menor: en primer lloc, quan es tracta d'un menor nacional; en segon lloc, menors no nacionals no acompanyats; i, en tercer lloc, quan la persona identificada i de la majoria d'edat de la qual es dubta és sospitosa d'una infracció penal.

Pel que fa al **primer supòsit**, quan la persona de la minoria d'edat de la qual es dubta ostenta manifestament la nacional espanyola, són aplicables les disposicions generals que estableix la Llei orgànica 1/1996, de protecció jurídica del menor, i altra normativa de protecció de menors que preveu la jurisdicció civil i administrativa. En aquests casos, el més lògic és que hi hagi una documentació oficial acreditativa de l'edat de la persona (certificat d'inscripció en el Registre Civil, comunicat mèdic del naixement, etc.), sense que s'hagin de generar més controvèrsies, i la competència correspon al Ministeri Fiscal en la seva facultat protectora de menors.

Ara bé, d'acord amb el que destaca l'estudi *¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*,⁴ els dubtes sobre l'edat del menor no només poden derivar de l'absència puntual de la documentació oficial acreditativa de l'edat, sinó que també poden ser el resultat de l'existència de «dades manifestament incorrectes, contradictòries amb altres documentacions, o que no resultin fiables pel que fa a la determinació de l'edat» o «documents en què constin diferents filiacions o dates de naixement. En aquest sentit, cal fer esment de la Instrucció de 20 de març de 2006 de la Direcció General dels Registres i del Notariat, sobre prevenció del frau documental en matèria d'estat civil, publicada al Butlletí Oficial de l'Estat de 24 d'abril de 2006». Així doncs, podria donar-se la situació en què un subjecte es troba en una situació dubtosa quant a la seva edat no per manca de documentació, sinó perquè hi hagi diferents filiacions o dates de naixement; en aquest cas correspondria al Ministeri Fiscal, en la seva funció protectora de menors, promoure'n la determinació de l'edat.

⁴ Madrid: Oficina del Defensor del Pueblo, 2010.

Pel que fa al **segon supòsit**, és a dir, quan es tracta de suposats menors estrangers, s'hi aplica el que disposa la Llei orgànica 4/2000, d'integració d'estrangers a Espanya, l'art. 35 de la qual assenyala:

«3. En els supòsits en què els cossos i forces de seguretat de l'Estat localitzin un estranger indocumentat la minoria d'edat del qual no es pugui establir amb seguretat, els serveis competents de protecció de menors li han de donar l'atenció immediata que necessiti, d'acord amb el que estableix la legislació de protecció jurídica del menor, i s'ha de posar el fet en coneixement immediat del Ministeri Fiscal, que ha de disposar la determinació de l'edat, per a la qual cosa han de col·laborar les institucions sanitàries oportunes que, amb caràcter prioritari, han de realitzar les proves necessàries.

4. Determinada l'edat, si es tracta d'un menor, el Ministeri Fiscal l'ha de posar a disposició dels serveis competents de protecció de menors de la comunitat autònoma en què es trobi.»

Finalment, pel que fa al **tercer supòsit**, quan el subjecte d'edat dubtosa és sospitós de la comissió d'infracció penal, ens trobem davant d'una actuació pròpia del jutge d'instrucció, no del jutge de menors, que constitueix, a més, una diligència essencial per poder determinar si un assumpte correspon a la jurisdicció penal ordinària o a la jurisdicció de menors.

La determinació de l'edat del investigat la preveuen els art. 375 i 376 LECrim.

D'acord amb l'art. 375 LECrim:

«Per acreditar l'edat del processat i comprovar-ne la identitat, el secretari judicial ha d'aportar al sumari un certificat de la inscripció de naixement en el Registre Civil o de la partida de baptisme, si no està inscrit en el Registre.

En tot cas, quan no sigui possible descobrir el registre civil o la parròquia en què hagi de constar el naixement o el baptisme del processat, o no existeixin la seva inscripció i partida, i quan pel fet que el processat manifesti haver nascut en un punt llunyà calgui utilitzar molt de temps per aportar a la causa el certificat oportú, no s'ha de detenir el sumari i s'ha de suplir el document de l'article anterior per l'informe que sobre l'edat del processat, i amb l'examen físic previ, donin els metges forenses o els nomenats pel jutge.»

Per la seva banda, l'art. 376 LECrim assenyala:

«Quan no hi hagi dubte sobre la identitat del processat, i clarament tingui l'edat que el Codi penal requereix per poder-li exigir la responsabilitat criminal en tota la seva extensió, es pot prescindir de la justificació que indica l'article anterior, si el fet de practicar-la ofereix alguna dificultat o ocasiona dilacions extraordinàries.

En les actuacions successives i durant el judici, el processat ha de ser designat amb el nom amb què sigui conegut o amb el que ell mateix digui que té.»

La determinació de l'edat del subjecte contra el qual es dirigeix el procediment correspon en qualsevol cas al jutge d'instrucció en servei de guàrdia quan es tracta d'un subjecte detingut.

En aquest sentit, el **Reial decret 1774/2004, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 5/2000**, assenyala en el seu art. 2.9 que: «Quan la policia judicial investigui una persona com a presumpte autor d'una infracció penal del qual es dubti de la minoria d'edat i no constin dades que permetin la seva determinació, s'ha de posar a disposició de l'autoritat

judicial de la jurisdicció ordinària perquè procedeixi a determinar la identitat i l'edat del presumpte delinqüent per les regles de la Llei d'enjudiciament criminal. Una vegada acreditada l'edat, si aquesta és de menys de 18 anys, cal procedir de conformitat amb el que preveu la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.»

En el mateix sentit, pel que fa a l'actuació de les forces i cossos de seguretat en cas de detenir una persona de la minoria d'edat de la qual se sospiti, el Dictamen 5/2013 de la Fiscalia de Sala Coordinadora de Menors, assenyala que, en cas de dubte i sense disposar de documentació o ressenyes anteriors, cal procedir a determinar l'edat mitjançant proves mèdiques, i és competent per ordenar-les el jutjat d'instrucció de guàrdia. Si es tracta d'un menor estranger no acompanyat que no té documentació i no consta inscrit, abans de res s'ha de posar en coneixement del jutge d'instrucció per a la determinació de l'edat i, si de les proves practicades, resulta la seva minoria d'edat caldrà fer-ne la inscripció.

Per tant, la determinació de l'edat, en els casos en què hi hagi dubtes, constitueix un acte d'investigació a càrrec del jutge d'instrucció. Quan es tracti d'un menor detingut, la policia judicial, tan aviat com tingui dubtes sobre l'edat del detingut, ho ha de posar en coneixement del jutge instructor perquè adopti les mesures oportunes amb vista a determinar l'edat del detingut.

Aquestes diligències, emmarcades en l'àmbit dels actes d'investigació dirigits a la identificació de l'investigat, s'han de practicar al si d'unes diligències prèvies a partir del resultat de les quals es pot determinar, o bé que el jutjat d'instrucció competent continuï la tramitació de la investigació, o bé remetre aquesta tramitació a la Fiscalia de Menors, si es constata la minoria d'edat del detingut.

C) Vegem ara de forma més detinguda algunes de les actuacions que pot dur a terme el jutge d'instrucció en servei de guàrdia en substitució del jutjat de menors

1. L'adopció de mesures cautelars

Com en el procés penal ordinari, la LORPM preveu que correspon al jutge de menors l'adopció de totes aquelles mesures que suposen una ingerència en l'àmbit dels drets fonamentals del menor.

Quan parlem de mesures cautelars, ens estem referint a les que preveuen els art. 28 i 29 LORPM. Les mesures que preveu l'art. 28 LORPM són l'internament provisional del menor, la llibertat vigilada, la prohibició d'aproximar-se o comunicar-amb determinades persones i la convivència amb una altra persona o grup educatiu. Si durant la instrucció queda prou acreditat que el menor es troba en situació d'alienació mental o en qualsevol altra de les circumstàncies que preveuen els apartats 1r, 2n o 3r de l'art. 20 del Codi penal vigent, l'art. 29 LORPM preveu l'adopció de les mesures cautelars necessàries per a la protecció i custòdia del menor d'acord amb els preceptes civils aplicables, o bé alguna mesura terapèutica adequada a l'interès del menor entre les que preveu aquesta llei.

En aquest sentit, d'acord amb l'art. 28.1 LORPM, la iniciativa per sol·licitar aquestes mesures correspon al Ministeri Fiscal, que pot actuar d'ofici o a instància de qui hagi exercit l'acció penal.

L'adopció d'aquest tipus de mesures presenta un gran paral·lelisme amb les mesures cautelars de caràcter personal que el jutge instructor pot disposar en el procediment penal ordinari. D'aquesta manera, si durant el servei de guàrdia es troba en la tessitura de resoldre sobre

aquest tipus de mesures, un cop apreciada l'existència d'indicis racionals de la comissió d'un delictes per part del menor, ha de valorar si hi concorre algun d'aquests pressupostos:

- El risc que el menor pugui eludir o obstruir l'acció de la justícia.
- La possibilitat que el menor pugui atemptar contra els béns jurídics de la víctima.
- La idoneïtat d'aquestes mesures per a la custòdia i defensa del menor infractor, o per a la defensa del menor víctima del delictes.

Aquesta última distinció és particularment destacable, ja que la LORPM parla en termes bastant confusos de «custòdia i defensa». Si es tracta d'una mesura privativa de llibertat, la *custòdia* constitueix una finalitat típica de les mesures cautelars del procés penal d'adults. Ara bé, la *defensa* pot resultar més nova per al jutge d'instrucció que s'enfronta a l'adopció de la mesura com a jutge de menors.

Tenint en compte que qualsevol decisió que es prengui respecte del menor ha d'estar presidida per la protecció de l'interès superior del menor, la *defensa* entronca amb el dret del menor que es ponderin els seus millors interessos a l'hora de resoldre sobre una mesura sol·licitada contra ell, i que es posi en relació aquest interès superior amb els altres interessos que pugui haver-hi en joc, de manera que la decisió que s'adopti raoni sobre la millor opció per a la seva protecció. L'art. 28 LORPM mateix fa referència express al fet que la decisió s'adopti «tenint en consideració especialment l'interès del menor».

Les mesures que es poden disposar, amb caràcter provisional, són:

1a) Internament en règim tancat: les persones sotmeses a aquesta mesura resideixen al centre i hi desenvolupen les activitats formatives, educatives, laborals i d'oci establertes a aquest efecte.

2a) Internament en règim semiobert: les persones sotmeses a aquesta mesura resideixen al centre, però poden fer fora del centre alguna o algunes de les activitats formatives, educatives, laborals i d'oci que estableix el programa individualitzat d'execució de la mesura.

3a) Internament en règim obert: les persones sotmeses a aquesta mesura han de dur a terme totes les activitats del projecte educatiu en els serveis normalitzats de l'entorn i han de residir al centre com a domicili habitual, amb subjecció al programa i al règim intern del centre.

4a) Internament terapèutic en règim tancat, semiobert o obert: en els centres d'aquesta naturalesa es du a terme una atenció educativa especialitzada o un tractament específic per a persones que pateixen anomalies o alteracions psíquiques, un estat de dependència de begudes alcohòliques, drogues tòxiques o substàncies psicotròpiques, o alteracions en la percepció que determinen una alteració greu de la consciència de la realitat.

5a) Llibertat vigilada: durant el desenvolupament d'aquesta mesura es fa un seguiment de l'activitat de la persona que hi està sotmesa i de la seva assistència a l'escola, al centre de formació professional o al lloc de treball, segons els casos, i es procura ajudar-la a superar els factors que van determinar la infracció comesa.

La persona sotmesa a aquesta mesura està obligada, si escau, a seguir les pautes socioeducatives que indiqui l'entitat pública o el professional encarregat del seu seguiment, d'acord amb el programa d'intervenció elaborat en aquest sentit, a mantenir amb aquest

professional les entrevistes que estableix el programa i a complir, si escau, les regles de conducta que li hagi imposat el jutge.

6a) Prohibició d'aproximar-se o comunicar-se amb la víctima, o amb aquells dels seus familiars o altres persones que el jutge determini: cal indicar que aquesta mesura impedeix al menor d'apropar-s'hi, allà on es trobin, així com al seu domicili, al seu centre docent, als seus llocs de treball i a qualsevol altre lloc que freqüentin.

7a) La prohibició de comunicar-se amb la víctima, o amb aquells dels seus familiars o altres persones que el jutge o el tribunal determini: aquesta mesura impedeix al menor d'establir-hi contacte, per qualsevol mitjà de comunicació o mitjà informàtic o telemàtic, escrit, verbal o visual, i si aquesta mesura implica la impossibilitat del menor de continuar vivint amb els seus pares, tutors o guardadors, el Ministeri Fiscal ha de remetre testimoni dels particulars a l'entitat pública de protecció del menor, i aquesta entitat ha de promoure les mesures de protecció adequades a les circumstàncies del menor, d'acord amb el que disposa la LO 1/1996.

8a) Convivència amb una altra persona, família o grup educatiu: la persona sotmesa a aquesta mesura ha de conviure, durant el període de temps que el jutge estableixi, amb una altra persona, amb una família diferent de la seva o amb un grup educatiu, seleccionats adequadament per orientar-la en el seu procés de socialització.

Si es tracta d'un menor en el qual es dona alguna de les circumstàncies que preveu l'art. 29 LORPM esmentat, es pot disposar:

1a) Internament terapèutic en règim tancat, semiobert o obert: als centres d'aquesta naturalesa es du a terme una atenció educativa especialitzada o un tractament específic per a persones que pateixen anomalies o alteracions psíquiques, un estat de dependència de begudes alcohòliques, drogues tòxiques o substàncies psicotròpiques, o alteracions en la percepció que determinen una alteració greu de la consciència de la realitat.

2a) Tractament ambulatori: les persones sotmeses a aquesta mesura han d'assistir al centre designat amb la periodicitat que li requereixin els facultatius que les atenguin i seguir les pautes fixades per al tractament adequat de l'anomalia o l'alteració psíquica, l'addicció al consum de begudes alcohòliques, drogues tòxiques o substàncies psicotròpiques, o les alteracions en la percepció que pateixin.

La resolució d'aquestes mesures s'efectua després d'una compareixença en la qual el Ministeri Fiscal i, si escau, l'acusació particular sol·liciten la mesura que es pretén que sigui adoptada. Tot seguit s'ha de donar audiència al lletrat del menor, a l'equip tècnic i a la representació de l'entitat pública de protecció o de reforma de menors, que han d'informar especialment sobre la naturalesa de la mesura cautelar.

Després d'oïr les parts s'ofereix al menor la possibilitat d'expressar-se, si vol fer-ho, i després es dona per acabada la compareixença. Quan se sol·liciti una mesura d'internament, en la compareixença el Ministeri Fiscal i les parts personades poden proposar els mitjans de prova que es puguin practicar en l'acte o dins de les vint-i-quatre hores següents (art. 28.2 LORPM)

Practicada la compareixença, el jutge ha de resoldre sobre si és procedent o no adoptar la mesura sol·licitada, respecte a la qual cosa l'art. 28 LORPM remarca la necessitat que aquesta mesura prengui en consideració l'interès superior del menor. Cal recordar que l'interès superior

no és només un criteri informador de l'ordenament, sinó un dret subjectiu que imposa al jutge l'obligació de raonar-hi en la seva resolució.

Pel que fa a la durada de les mesures, la LORPM estableix que «La mesura cautelar adoptada es pot mantenir fins que es dicti sentència ferma», i fixa per a **la mesura d'internament una durada màxima de sis mesos, si bé es podrà prorrogar «a instància del ministeri fiscal, amb l'audiència prèvia del lletrat del menor i mitjançant interlocutòria motivada, per tres mesos més com a màxim».**

Deixant de banda alguns aspectes com són la tramitació per peça separada d'aquestes mesures o l'abonament per al compliment de les mesures que es poden adoptar en la mateixa causa, convé posar l'accent en la mesura d'internament.

Quan el jutge de guàrdia s'enfronta a la resolució d'una mesura com la d'internament, és molt probable que es preguntin si ha d'actuar com si estigués resolent una mesura cautelar de presó provisional.

Cal destacar que la peculiaritat del procediment penal de menors porta el legislador a introduir algunes diferències a l'hora de determinar la mesura d'internament d'un menor.

Així doncs, la LORPM no conté un límit penològic concret, a diferència del que estableix l'art. 503, quan es refereix a delictes sancionats amb una pena el màxim de la qual sigui igual o superior als dos anys. En aquest sentit, l'art. 28.2 LORPM assenyala que per a l'adopció de la mesura cautelar d'internament cal tenir en compte la «gravetat dels fets», sense concretar un límit penològic determinat.

El precepte assenyala la necessitat de valorar també:

- les circumstàncies personals i socials del menor;
- l'existència d'un perill cert de fuga;
- si el menor ha comès o no amb anterioritat altres fets greus de la mateixa naturalesa.

D'aquesta enumeració podem inferir que, llevat del límit dels dos anys, la mesura d'internament participa de la mateixa naturalesa que la de la presó provisional, exigeix les mateixes finalitats i no es pot disposar sobre la base de pressupostos diferents dels que recull de manera expressa la llei.

La sol·licitud d'aquestes mesures pot fer-la en qualsevol moment el Ministeri Fiscal, de manera que, sigui quina sigui la fase en què es trobi la tramitació de l'expedient se'n pot instar la sol·licitud, encara usualment se sol·licita en el moment inicial de la investigació, quan el menor es posat a disposició del fiscal.

2. Detenció de menors d'edat

Un altre supòsit en el qual pot resultar interessant la intervenció dels jutjats d'instrucció en substitució dels jutjats de menors és el de la detenció d'un menor d'edat, i s'aprecia la possibilitat que un menor detingut pugui ser posat a disposició del jutjat d'instrucció corresponent en funcions de guàrdia per a l'adopció d'alguna de les mesures previstes cautelars legalment. Aquesta possibilitat no es pot descartar, tenint en compte que els terminis per decidir la seva llibertat o la sol·licitud de mesura són més curts que els ordinaris de la jurisdicció d'adults.

Efectivament, l'**art. 17.4** LORPM assenyala que: «La detenció d'un menor per funcionaris de policia no pot durar més temps de l'estrictament necessari per fer les investigacions tendents a l'aclariment dels fets, i, en tot cas, dins el termini màxim de vint-i-quatre hores, el menor detingut ha de ser posat en llibertat o a disposició del ministeri fiscal. S'ha d'aplicar, si s'escau, el que disposa l'article 520 bis de la Llei d'enjudiciament criminal, i atribuir la competència per a les resolucions judicials que preveu aquest precepte al jutge de menors».

És a dir, la policia, un cop detingut el menor, disposa de dos terminis: l'ordinari, és a dir, el temps estrictament necessari per realitzar les investigacions relatives al fet presumptament comès pel menor, i el màxim, és a dir, quatre hores des del moment concret de la seva detenció.

En cas que el menor no hagi estat posat en llibertat en aquest termini, ha d'haver estat posat a disposició del Ministeri Fiscal, que, d'acord amb el que estableix l'art. 17.5 LORPM, haurà de resoldre sobre la posada en llibertat del menor o la sol·licitud al jutge d'alguna de les mesures cautelars que preveu la LORPM, i això ha d'efectuar-se en el termini de quaranta-vuit hores comptades des del moment de la detenció policial.

D'aquesta manera, un cop es produeix la detenció policial d'un menor, en tot cas en el termini de quaranta-vuit hores s'ha de posar a disposició judicial, cosa que en ocasions pot no succeir dins de les hores d'audiència (ni, per descomptat, només a les demarcacions amb jutjats de menors amb servei de guàrdia).

El Ministeri Fiscal ha d'acudir llavors al jutge d'instrucció en funcions de guàrdia d'acord amb les normes assenyalades, i cal entendre que, un cop posat a disposició judicial, la seva situació personal hauria de ser legalitzada de manera immediata, tot i que hi ha el termini màxim de setanta-dues hores que preveu amb caràcter general l'art. 505.2 LECrim, atès que la LORPM no ho contempla expressament i seria aplicable de manera subsidiària la Llei processal penal ordinària per mandat del que disposa la disposició final primera LORPM.

Cal tenir en compte que, en els supòsits de violència sobre la dona comesos per menors d'edat, el Ministeri Fiscal, d'ordinari, ha de determinar la detenció del menor, ja que així consta en els criteris dictats en virtut del principi de jerarquia que l'informa, i en aquest sentit es pronuncia el Dictamen 7/2012 de la Fiscalia General de l'Estat - Fiscal de Sala Coordinadora de Menors sobre criteris d'actuació en supòsits de violència de gènere protagonitzada per menors, en assenyalar que «Un cop comunicada a Fiscalia la detenció policial d'un menor (art. 17.1 LORPM), com a conseqüència de la comissió d'un delictes de violència contra la dona, la norma general d'actuació, atesa la naturalesa i la gravetat de l'il·lícit, és cursar les ordres oportunes a la força actuant per a la posada del menor a disposició del fiscal, un cop conclòs l'atestat», i només s'exceptua aquesta posada a disposició del fiscal quan els fets són constitutius de falta de l'art. 620.2 del Codi penal o quan hi concorre qualsevol altra circumstància que el fiscal, «sota la seva responsabilitat», pugui considerar excepcional.

3. La pràctica de diligències restrictives dels drets fonamentals d'aquestes persones

Un altre dels supòsits en què es pot requerir la intervenció del jutge de guàrdia en substitució del jutge de menors és quan cal adoptar una mesura restrictiva de drets fonamentals, amb caràcter urgent, de tal manera que el jutge de menors no pugui resoldre'n sobre l'adopció.

Aquestes diligències no són diferents de les que el jutge d'instrucció pot resoldre al si d'un procés penal ordinari, i poden consistir en aquelles que afecten el dret fonamental a la inviolabilitat del domicili, com són l'entrada i escorcoll, o al secret de les comunicacions, com una intervenció telefònica, o al dret a la integritat corporal, com una intervenció corporal, etc.

4. Procediment d'*habeas corpus* instat per menors d'edat

L'art. 17.6 LORPM atribueix al jutge d'instrucció la competència per conèixer dels procediments d'*habeas corpus* instats per menors d'edat detinguts o privats de llibertat, d'acord amb la regulació que conté la Llei orgànica 6/1984, de 24 de maig, reguladora del procediment d'«*habeas corpus*». En concret, la competència correspon al jutge del lloc en el qual el menor es trobi privat de llibertat, si no hi consta, el del lloc en el qual es va produir la detenció, i, si no, el del lloc en el qual s'hagin tingut les darreres notícies sobre el parador del menor, en els mateixos termes que la competència establerta per als majors d'edat.

Quan el menor insti aquesta classe de procediments, les forces policials ho han de notificar de manera immediata al Ministeri Fiscal, a més de donar-li el curs processal que preveu la LO 6/1984, anticipant així el coneixement d'aquesta situació al Ministeri Públic, que en tot cas ha de tenir notícia d'aquesta sol·licitud un cop té entrada en l'òrgan judicial.

En relació amb el procediment d'*habeas corpus*, hem de destacar que el Tribunal Constitucional (STC 94/2003) va assenyalar que no és qualificable com a mesura privativa de llibertat la situació en què es troba el menor quan es produeix el seu ingrés en un centre assistencial d'acolliment pel fet de trobar-se en una situació de desemparament després que hagin estat privats de la guarda i custòdia els seus representants legals o els progenitors.

Aquestes mesures no estan encaminades a privar de llibertat els menors, sinó a protegir-los, emparant-los del seu entorn familiar. Aquesta sentència indica en el fonament de dret sisè que l'*status libertatis* del menor està contextualitzat en virtut de la seva minoria d'edat per les exigències que deriven de l'exercici de la guàrdia i custòdia, entre les quals hi ha el fet de romandre en companyia del titular.

5. Personació de l'acusació particular

D'acord amb el que disposa l'art. 25 LORPM:

«Es poden personar en el procediment com a acusadors particulars, deslliurats de les accions que preveu l'article 61 d'aquesta Llei, les persones directament ofeses pel delictes, els seus pares, els seus hereus o els seus representants legals si són menors d'edat o incapaços, amb les facultats i els drets que deriven de ser part en el procediment, entre els quals hi ha, entre altres, els següents:

- a) Exercir l'acusació particular durant el procediment.
- b) Instar la imposició de les mesures a què es refereix aquesta Llei.
- c) Tenir vista de les actuacions i ser notificat de les diligències que se sol·licitin i s'ordenin.
- d) Proposar proves que versin sobre el fet delictiu i les circumstàncies de la seva comissió, excepte pel que fa a la situació psicològica, educativa, familiar i social del menor.

- e) Participar en la pràctica de les proves, ja sigui en fase d'instrucció o en fase d'audiència; a aquests efectes, l'òrgan actuant pot denegar la pràctica de la prova d'acarament, si és sol·licitada, quan no sigui fonamental per a l'esbrinament dels fets o la participació del menor en aquests.
- f) Ser oït en tots els incidents que es tramitin durant el procediment.
- g) Ser oït en cas de modificació o de substitució de mesures imposades al menor.
- h) Participar en les vistes o audiències que es realitzin.
- i) Formular els recursos procedents d'acord amb aquesta Llei.

Una vegada admesa pel jutge de menors la personació de l'acusador particular, se li han de traslladar totes les actuacions substanciades de conformitat amb aquesta Llei i se li ha de permetre intervenir en tots els tràmits en defensa dels seus interessos.»

La intervenció en el procés de menors com a acusació afecta el dret a la tutela judicial efectiva, i la denegació o l'impediment poden generar una situació d'indefensió per a qui es veu vedat de la possibilitat d'accedir al contingut de les actuacions, proposar prova o participar de les que s'hagin determinat; per això hi ha la possibilitat que hi pugui intervenir el jutge d'instrucció en substitució del jutge de menors quan s'hagi de resoldre amb caràcter urgent sobre aquesta qüestió.

En aquest sentit, en vista del precepte transcrit, aquesta sol·licitud pot ser resolta pel jutge d'instrucció si es formula en dia inhàbil o fora de les hores d'audiència, i cal resoldre aquesta personació, per exemple, davant la pràctica d'una diligència urgent i inajornable en què l'acusació vulgui intervenir, o si aquesta mateixa acusació està interessada a sol·licitar una diligència urgent determinada.

En qualsevol cas, el que determina la intervenció del jutge d'instrucció és la urgència de la necessitat de resoldre sobre la intervenció de l'acusació particular en el procés.

6è- REFERÈNCIA ESPECIAL A LA NOVA CONFIGURACIÓ DEL DEFENSOR JUDICIAL EN CAS DE CONFLICTE D'INTERÈS AMB EL MENOR (SUPÒSITS PARADIGMÀTICS DE VIOLÈNCIA FILIOPARENTAL). LA SENTÈNCIA 699/2014, DE 28 D'OCTUBRE, DE LA SALA SEGONA DEL TRIBUNAL SUPREM

Joaquín Gadea Francés

Magistrat del Jutjat d'Instrucció número 1 de Tarragona

A) El defensor judicial

1) Introducció

La protecció de l'interès del menor es configura en l'actualitat com a principi vertebrador de qualsevol actuació en la qual es puguin veure afectats els béns o els interessos del menor. Aquest principi planteja uns dubtes enormes que varien des de la determinació del concepte mateix de l'interès superior del menor fins a la seva projecció concreta en els diferents supòsits en què s'hi ha d'acudir i concretar els mecanismes que cal adoptar en cada cas per a la seva salvaguarda.

En aquest sentit, malgrat la freqüència amb què s'invoca aquest principi, el cert és que ens enfrontem a conceptes jurídics amb una càrrega d'indeterminació elevada, que exigeixen un esforç dels operadors jurídics per analitzar, en cada cas, si l'instrument que posa el legislador al servei del menor és el més idoni per protegir els seus interessos concrets.

Entre els instruments que preveu la llei per salvaguardar l'interès del menor, podem destacar la figura del defensor judicial, prevista per als casos en què es produeix un conflicte entre els interessos del menor i els d'un tercer, habitualment, qui té les funcions de representació legal, guarda o custòdia del menor: els seus progenitors, tutors o guardadors legals.

Tractarem d'abordar l'estudi d'aquesta figura, distingint entre els supòsits en què el menor que requereix la presència del defensor judicial és infractor i aquells altres en què és víctima, tenint en compte el tractament diferent que pot tenir el menor, bé en l'àmbit del procés de responsabilitat penal de menors, davant el jutge de menors, o bé al si d'un procés penal ordinari, davant el jutge penal (d'instrucció o d'enjudiciament).

Abans d'això, és oportú recordar alguns conceptes bàsics sobre la figura del defensor judicial.

2) Concepte del defensor judicial

El Codi civil, en l'art. 163, en relació amb la representació dels menors, regula la figura del defensor judicial (o defensor de menors, com es deia abans de la reforma de 1983) en els termes següents:

«Sempre que en algun assumpte el pare i la mare tinguin un interès oposat al dels fills no emancipats, s'ha de nomenar un defensor dels fills que els representi en judici i fora de judici. També s'ha de procedir al nomenament quan els pares tinguin un interès oposat al del fill menor emancipat la capacitat del qual hagin de completar.

Si el conflicte d'interessos només és amb un dels progenitors, correspon a l'altre per llei i sense necessitat d'un nomenament especial representar el menor o completar-ne la capacitat.»

Pel que fa a la representació dels qui exerceixen la pàtria potestat i la possible existència d'un conflicte d'interessos, el Codi civil de Catalunya assenyala en l'art. 236-20:

«Si en algun assumpte hi ha conflicte d'interessos entre els fills i els progenitors, i ambdós progenitors exerceixen la potestat, el fill és representat pel progenitor amb el qual no té conflicte d'interessos. Si la contraposició és amb tots dos alhora o amb el que exerceix la potestat, s'ha de nomenar el defensor judicial que estableix l'article 224-1.»

En aquest sentit, l'art. 224-1 del Codi civil català al qual remet el precepte anterior disposa:

«L'autoritat judicial ha de nomenar un defensor judicial en els casos següents:

- a) Si hi ha un conflicte d'interessos entre el tutor i el tutelat, o entre el curador i la persona posada en curatela.
- b) Si ho exigeixen les circumstàncies de la persona que ha d'ésser tutelada, mentre la tutela no es constitueixi.
- c) Mentre no es constitueixi la curatela de pròdigs o de persones en situació d'incapacitat relativa.
- d) En els supòsits en què per qualsevol causa els tutors o curadors no exerceixin llurs funcions, mentre no acabi la causa o no es designi una altra persona per a l'exercici dels càrrecs.
- e) En els altres casos determinats per la llei.»

En aquest mateix sentit, el Codi civil regula la figura del defensor judicial, en els art. 299 i s., precepte que assenyala que:

«S'ha de nomenar un defensor judicial que representi i empari els interessos dels qui estiguin en algun dels casos següents:

- 1r. Quan en algun assumpte hi hagi conflicte d'interessos entre els menors o incapacitats i els seus representants legals o el curador [...].»

Atesos els continguts de la legislació catalana i de la comuna, no és fàcil formular una definició d'aquest càrrec, però, tenint en compte els preceptes ressenyats, i en sentit ampli, bàsicament es tracta d'una institució que s'encamina a la salvaguarda dels menors, incapaços o pròdigs, mitjançant la seva representació i empara, en els casos en què es produeix un conflicte d'interessos entre aquests i els seus tutors, representants legals o curadors, i aquesta protecció s'allarga mentre dura la situació de conflicte, de manera que, un cop superada aquesta situació, s'extingeix la figura.

En un sentit més estricte, el defensor judicial és aquell càrrec nomenat pel jutge o el tribunal, a instància del fiscal o del menor mateix, per protegir i salvaguardar els interessos del menor en un procediment penal en curs (ordinari o de menors), i que du a terme un o diversos actes processals en el seu benefici, quan hi hagi un conflicte entre els interessos del menor d'edat i els dels seus pares o representants legals.

3) Característiques

La figura del defensor judicial es caracteritza:

- Per la seva excepcionalitat: cal no oblidar que si el conflicte d'interès es produeix només entre un dels progenitors i el menor, l'altre progenitor n'assumeix la representació, per ministeri de la llei i sense necessitat d'un nomenament especial, de manera que, per tal que es pugui nomenar

un defensor judicial, el conflicte d'interès ha de produir-se entre els dos progenitors i el menor, o entre el representant únic i el menor.

– Per la seva naturalesa tuitiva: es tracta d'un càrrec de protecció i defensa del menor en situació de perill o risc greu per als seus interessos.

– Per la temporalitat: enfront de la continuïtat pròpia d'altres figures tutelars com ara la potestat, la tutela o la curatela, però, al mateix temps, es tracta d'un càrrec compatible amb tots els anteriors, de manera que poden ser simultanis en el temps.

4) El conflicte d'interessos

Com s'ha assenyalat, la figura del defensor judicial, tal com es coneix en l'àmbit del dret civil, està estretament vinculada a la presència d'un conflicte (tot i que, com es veurà més endavant, avui dia això és discutible en vista de l'art. 10 de la Llei de protecció jurídica del menor). En conseqüència, és bàsic identificar el conflicte que pot generar el nomenament d'aquesta figura. Els supòsits que poden generar aquest conflicte són molt variats, i bàsicament es referirà a posicions confrontades entre el menor i una altra persona (el seu representant legal). El conflicte ens ajudarà a delimitar les competències del defensor, ja que, segons l'abast que tingui, el defensor assumeix unes funcions o unes altres.

La RAE defineix l'*interès* com a «provecho, utilidad o ganancia», o bé com a «valor de algo». En l'actualitat, aquests interessos poden ser tant personals com patrimonials. En efecte, després de la reforma del Codi civil de 1983, ha quedat clar que aquesta és la intenció del legislador, i, en aquest sentit, l'art. 299 del Codi civil transcrit abans es refereix a «algun assumpte» en què pugui haver-hi conflicte d'interès, sense limitar-lo a l'àmbit patrimonial. En aquesta mateixa línia, l'art. 162.2 del Codi civil diu que els pares que disposen de la pàtria potestat tenen la representació legal dels seus fills no emancipats excepte «Aquells en què hi hagi conflicte d'interessos entre els pares i el fill», cosa que evidencia l'abast personal i patrimonial d'aquesta figura.

Així doncs, el conflicte d'interessos està determinat per l'oposició entre els interessos de pares i fills (tutors i tutelats, pròdigs o curadors), de tal manera que la defensa dels interessos d'uns topa directament amb la dels interessos dels altres, i qualsevol benefici que obtinguin uns determinarà un perjudici per als altres. Per tant, un cop individualitzat el conflicte, les facultats de representació ordinària han de cessar tan aviat com s'adverteixi que qui en disposa d'ordinari té un interès contraposat al del seu representat.

Atesa la transcendència que té el conflicte a l'hora de dotar de contingut el càrrec del defensor judicial, hem de posar en relleu les característiques següents del conflicte d'interessos:

a) En l'àmbit del procés penal (ordinari o de menors), el conflicte d'interessos ha de sorgir entre el menor i qui en tingui la representació o guarda. En el cas de la pàtria potestat, per tal que es pugui nomenar un defensor judicial, el conflicte ha d'afectar tots dos progenitors. Si només sorgeix amb un dels progenitors, l'altre assumeix la representació del menor.

b) El conflicte ha de ser actual, i no es pot nomenar un defensor judicial amb caràcter preventiu per evitar conflictes futurs.

c) El conflicte delimita les facultats del representant que es poden veure afectades; el defensor judicial té les facultats de representació que no pot assumir aquell a qui li competeix, precisament com a conseqüència del conflicte.

d) La seva designació és judicial i es fa mitjançant expedient de jurisdicció voluntària, en la forma que preveu la legislació civil.

5) Nomenament del defensor judicial

La designació del defensor judicial en els procediments a què ens referirem en aquest treball mereix una consideració especial, tant si és un procés penal de majors davant el jutjat d'instrucció com un procés dels que preveu la Llei orgànica de responsabilitat penal dels menors, davant el fiscal o el jutge de menors, i amb independència de la posició que ocupi el menor, com a víctima o com a investigat.

En efecte, la designació ha de ser judicial, però el tràmit requereix adoptar mesura amb prou rapidesa per donar sortida a una situació urgent en la qual cal tenir en compte l'interès superior del menor davant un eventual conflicte en el qual ni els pares del menor, ni els seus tutors poden assumir-ne la representació.

Enfront de la urgència que el cas requereix, proposem acudir, com a clàusula general, a les facultats que l'art. 158 del Codi civil concedeix als jutges d'ofici o a instància del fill mateix, de qualsevol parent o del Ministeri Fiscal:

En el que aquí convé, l'art. 158 preveu que el jutge pot determinar, «En general, les altres disposicions que consideri oportunes, a fi d'apartar el menor d'un perill o d'evitar-li perjudicis en el seu entorn familiar o enfront de terceres persones. El jutge ha de garantir que el menor pugui ser escoltat en condicions idònies per a la salvaguarda dels seus interessos», i conclou el precepte que «Totes aquestes mesures es poden adoptar dins de qualsevol procés civil o penal o bé en un expedient de jurisdicció voluntària».

En la legislació catalana, podríem trobar un equivalent en l'art. 236-3, el qual assenyala que legitima el jutge, d'ofici o a instància de part, «en qualsevol procediment», i, per tant, inclou tant el procés penal de majors com el de menors, per adoptar qualsevol mesura (sense establir supòsits concrets) sempre que estigui encaminada a «evitar qualsevol perjudici personal o patrimonial als fills en potestat. A aquest efecte, pot limitar les facultats dels progenitors, exigir-los la prestació de garanties i, fins i tot, nomenar un administrador judicial».

Una altra qüestió no menys interessant és la de determinar la persona o persones sobre les quals pot recaure el nomenament. En principi, un cop escoltat el menor, hauria de ser algú del cercle d'aquest amb prou capacitat per assumir el nomenament, però, en cas d'urgència, es podria nomenar un representant de l'equip tècnic que pogués assumir aquesta funció, si més no de manera provisional fins que no es nomeni una altra persona que estigui en una condició millor.

Finalment, no podem tancar aquest apartat sense posar en relleu que el *conflicte d'interessos* per si sol no determina el nomenament del defensor judicial. El nomenament d'aquesta figura es fonamenta en la defensa de l'interès superior del menor, que no només és un principi general, sinó que es concreta en garanties processals específiques, com aquesta que ens ocupa.

La figura del defensor judicial presenta diferents matisos segons la posició que el menor ocupi en el procés; en aquest sentit, es pot distingir entre el menor investigat i el menor víctima de la infracció penal.

B) El defensor judicial del menor investigat

1) El principi de l'interès superior del menor

Com hem indicat, el principi de l'interès superior del menor ha de presidir qualsevol decisió que s'adopti en relació amb els menors d'edat, i el nomenament del defensor judicial és una manifestació concreta d'aquest principi.

En relació amb aquest principi, la recent Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, que va modificar la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor (LOPJM), ens pot ajudar a delimitar-ne l'abast.

Tal com indica l'exposició de motius de la LO 8/2015, les reformes introduïdes en aquesta llei s'encaminen a enfortir i desenvolupar «el dret del menor perquè el seu interès superior sigui prioritari, principi fonamental en aquesta matèria, però concepte jurídic indeterminat que ha estat objecte, al llarg d'aquests anys, de diverses interpretacions».

En relació amb aquest principi, aclareix que:

«Aquest concepte es defineix des d'un contingut triple. D'una banda, és un dret substantiu en el sentit que el menor té dret que, quan s'adopti una mesura que el concerneixi, s'hagin avaluat els seus millors interessos i, en cas que hi hagi altres interessos en presència, s'hagin ponderat a l'hora d'arribar a una solució. De l'altra, és un principi general de caràcter interpretatiu, de manera que si una disposició jurídica es pot interpretar de més d'una manera s'ha d'optar per la interpretació que respongui millor als interessos del menor. Però a més, en últim lloc, aquest principi és una norma de procediment. En aquestes tres dimensions, l'interès superior del menor té una mateixa finalitat: assegurar el respecte complet i efectiu de tots els drets del menor, així com el seu desenvolupament integral.

A la llum d'aquestes consideracions, és clar que la determinació de l'interès superior del menor en cada cas s'ha de basar en una sèrie de criteris acceptats i valors universalment reconeguts pel legislador que s'han de tenir en compte i ponderar en funció de diversos elements i de les circumstàncies del cas, i que s'han d'explicitar en la motivació de la decisió adoptada, a fi de conèixer si l'aplicació del principi ha estat correcta o no.»

2) Regulació del defensor judicial a la LOPJM

Partint del principi exposat, una de les seves concrecions processals més rellevants és el dret que té el menor que els seus representants puguin participar en els procediments en què sigui necessària l'adopció d'alguna mesura en contra seva.

Els representants del menor són els qui millor poden defensar els seus drets i interessos, de manera que la seva presència és una garantia de protecció i defensa per a una persona de qui es pressuposen certes limitacions com a conseqüència de la seva minoria d'edat i, per tant, en una situació de vulnerabilitat especial.

Ara bé, pot passar que els qui haurien d'assumir la funció de representació no estiguin en condicions de fer-ho perquè hi ha un conflicte.

Després de l'entrada en vigor de la Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, que reforma la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, l'art. 2.5.c assenyala que «Qualsevol mesura en l'interès superior del menor s'ha d'adoptar respectant les degudes garanties del procés i, en particular: [...] c) La participació de progenitors, tutors o representants legals del menor o d'un defensor judicial si hi ha conflicte o discrepància amb ells i del Ministeri Fiscal en el procés en defensa dels seus interessos».

A causa de la seva ubicació, en el marc d'una norma que tracta de donar una protecció integral als menors, de manera que es configura com una mena d'estatut jurídic del menor, la garantia prevista té un caràcter transversal i és aplicable a qualsevol procediment en el qual es puguin adoptar mesures contra una persona menor d'edat. En l'àmbit de la jurisdicció de menors, adquireix una rellevància singular, tenint en compte la freqüència amb la qual es disposen mesures contra els menors.

Per què és rellevant aquest precepte?

L'article planteja diverses qüestions interessants.

En primer lloc, deforma el concepte tradicional de *conflicte* que hem esmentat abans, atès que ja no parla només de conflicte d'interessos, sinó de simple «discrepància» entre els progenitors, els tutors o els representants i el menor. Això suposa ampliar l'àmbit de supòsits en els quals pot ser necessari recórrer a la figura del defensor, ja que no cal que hi hagi oposició o confrontació rellevant entre les posicions dels uns i els altres, n'hi hauria prou amb una «manca d'acord» o «simple discrepància» perquè es pugui invocar la necessitat d'acudir a aquesta figura, que representi el menor a l'hora d'adoptar la mesura en qüestió.

Sens dubte, s'ha tractat de garantir, en qualsevol cas, el dret del menor a estar ben representat i aclarir qualsevol dubte quant a la seva protecció per qui ha d'exercir les seves funcions representatives.

En segon lloc, sorprèn el fet que el precepte sembla indicar-nos que no n'hi ha prou només amb la participació del Ministeri Fiscal, ja que té cura d'utilitzar la conjunció copulativa *i*, de manera que la intervenció del Ministeri Públic serà independent de la del defensor judicial.

És a dir, el Ministeri Fiscal, quan s'adopti qualsevol mesura en garantia de l'interès superior del menor, ha d'estar present, ja que intervé sempre orientant la seva actuació a la satisfacció de l'interès superior del menor (art. 3.13 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal).

Precisament, això ens porta a preguntar-nos sobre la vigència de l'art. 17.2 de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors (art. 3.2 del Reglament de la LORPM), que regula la figura de l'anomenat «segon fiscal» i estableix que: «Qualsevol declaració del detingut s'ha de portar a terme en presència del seu lletrat i dels que exerceixin la pàtria potestat, tutela o guarda del menor —de fet o de dret—, llevat que, en aquest últim cas, les circumstàncies aconsellin el contrari. Si no hi poden ser, la declaració s'ha de portar a terme en presència del ministeri fiscal, representat per una persona diferent de l'instructor de l'expedient».

Aquest precepte es refereix a les declaracions del menor detingut davant el Ministeri Fiscal, i reconeix el dret del menor que aquestes declaracions es facin en presència dels seus representants legals. Ara bé, si això no és possible, perquè les circumstàncies aconsellen el contrari, la representació del menor la tindrà un altre fiscal diferent de l'instructor de l'expedient.

Un dels supòsits més freqüents en què no seria aconsellable la presència dels representants del menor detingut seria, per exemple, en els supòsits de violència intrafamiliar.

Aquest precepte sembla oposar-se al que disposa l'art. 2.5.c LOPJM, que, davant el mateix supòsit de fet, preveu la presència d'un defensor judicial.

Entenem que, després de l'entrada en vigor de la LO 8/2015, l'art. 17.2 LORPM mereix una reinterpretació l'empara del principi de l'interès superior del menor.

En els supòsits en què, en portar un menor detingut a declarar davant el fiscal, sigui desaconsellable la presència del progenitor, el tutor o el guardador perquè hi ha un conflicte entre tots dos que pot comprometre les funcions genuïnes de protecció i defensa que els corresponen respecte del menor, en primer lloc cal esbrinar si hi ha possibilitat d'intervenció de l'altre progenitor o representant legal, o la persona que, dins el cercle familiar més íntim, pugui assumir aquesta posició, sense comprometre l'interès superior del menor. Així ho indica la Circular de la Fiscalia General de l'Estat 9/2011, i es tracta d'una opció coherent amb la salvaguarda dels interessos del menor. En suport d'aquest argument, la defensa de l'interès jurídic del menor es concreta en la LOPJM amb garanties processals específiques quan s'adopten mesures que el poden afectar, permetent al menor ser «oït i escoltat» (art. 2.5.a) de manera que pugui ser ell mateix qui assenyali la persona que el pot representar en la seva declaració.

Si és possible trobar aquesta persona, tot i que l'art. 17.2 LORPM atribueix la representació del menor a un fiscal diferent de l'instructor, la previsió d'aquest precepte mereix una nova lectura, de manera que es pugui instar el nomenament d'un defensor judicial.

La presència del «segon fiscal» en defensa del menor resulta particularment anòmala, tenint en compte que el Ministeri Fiscal està subjecte al principi de dependència jeràrquica i unitat d'actuació, de manera que la presència d'aquest segon fiscal no aporta res de diferent respecte del que ja instrueix, tenint en compte que el Ministeri Públic és *únic*. Però és que, a més, l'art. 2.5.c LOPJM ja aporta una solució específica a aquests supòsits establint la figura del defensor judicial.

En contra d'aquest argument es podria esgrimir el fet que la declaració del menor detingut davant el Ministeri Fiscal no comporta, a priori, l'adopció de cap *mesura* en interès del menor –que és el que l'art. 2.5 LOPJM requereix per nomenar el defensor judicial–, tan sols se li està rebent declaració davant el Ministeri Públic. Aquest raonament és més que qüestionable, ja que, encara que és cert, també ho és el fet que sí que s'estan adoptant mesures, ja que s'ha determinat la posada a disposició del menor davant el fiscal, la incoació d'expedient, la resolució sobre la seva llibertat o posada a disposició del jutge de menors, etc.

Un altre argument important a favor del nomenament del defensor judicial en comptes del «segon fiscal» s'infereix de la reforma recent de la Llei d'enjudiciament criminal, efectuada per la Llei orgànica 13/2015, de 5 d'octubre, que ha donat una nova redacció a l'art. 520.4 LECrim, d'acord amb el qual, si es tracta d'un menor detingut, «En cas de conflicte d'interessos amb els qui exerceixin la pàtria potestat, la tutela o la guarda de fet del menor, s'ha de nomenar un defensor judicial, a qui s'ha d'assabentar del fet i del lloc de detenció».

Aquest precepte és aplicable als supòsits de detenció de menors, ja que l'art. 17.1 de la LORPM hi remet específicament, pel que fa a la informació de drets que l'autoritat que practiqui la detenció ha de fer als menors d'edat. Ordena el nomenament del defensor judicial en cas de detenció del menor quan hi ha un conflicte d'interessos entre el menor i els seus representants, a l'igual del que fa l'art. 2.5.c LOPJM.

Però, sens dubte, el millor argument per desaconsellar el nomenament del que es diu «segon fiscal» és una interpretació adequada del principi de l'interès superior del menor.

En els supòsits en què hi ha conflicte d'interessos entre el menor i els seus representants legals, si s'impedeix o desaconsella la intervenció d'aquests en la declaració davant el fiscal, és previsible que el conflicte es projecti sobre actes processals ulteriors en què es pot veure involucrat el menor. Enfront del nomenament puntual d'un «segon fiscal» és aconsellable determinar el nomenament d'un defensor judicial, que encara que té un caràcter temporal, pot dotar la protecció del menor de més continuïtat, mentre es mantingui el conflicte o la desavinença amb els seus representants (pensem, per exemple, en el moment en què calgui cercar un lletrat que defensi el menor).

Així doncs, davant la previsible permanència de la situació que desaconsella la presència dels progenitors en la declaració, és preferible recórrer al defensor judicial, ja que tot i que els fiscals han de vetllar perquè es garanteixin tots els drets del menor (en particular, el dret de defensa), el defensor judicial és la figura més adequada per tutelar els interessos del menor, i la garantia que preveu la llei, en els supòsits en què hi ha un conflicte, per a la defensa dels drets i els interessos del menor.

Per tant, hem de concloure que l'art. 17.2 LORPM ha de ser objecte d'una nova interpretació, en vista de la nova regulació que conté la LOPJM, que reforça i desenvolupa l'interès superior del menor i dota aquest concepte jurídic indeterminat d'un contingut concret. La presència del segon fiscal en els supòsits en què sigui desaconsellable la presència del representant legal del menor detingut en la seva declaració davant el fiscal s'ha subordinar-se a la possibilitat que es pugui instar el nomenament d'un defensor judicial.

Però es pot anar més lluny, de manera que, tenint en compte la posició primària de la defensa de l'interès superior del menor, per imperatiu de la LOPJM, hauria de ser el fiscal mateix qui promogués el nomenament del defensor judicial del menor, ja que la seva presència és clau per garantir actuacions judicials ulteriors i, fonamentalment, el dret de defensa del menor.

3) Supòsits en què pot haver-hi un conflicte entre el menor infractor i els seus representants

Hem vist fins ara com s'articula la figura del defensor judicial en el menor infractor; convé ara que fem referència a situacions concretes que poden necessitar acudir a aquesta figura tuitiva.

1. Menor infractor - progenitors víctimes

Un dels supòsits més recurrents és el del menor infractor i progenitors víctimes, del qual ja n'havíem fet esment, en relació amb la violència intrafamiliar, a propòsit de la necessitat d'evitar la figura del «segon fiscal».

Es tracta d'un supòsit en què el conflicte entre el menor i els seus progenitors es pot produir de forma més evident. Se'n poden distingir dues situacions:

a) En el cas en què el *menor estigui detingut*, tal com hem indicat més amunt, seguint la Circular de la FGE 9/2011, si s'aprecia un conflicte d'interessos, s'ha de buscar la representació del menor, en primer lloc, en el progenitor amb el qual no hi ha incompatibilitat o, entre el cercle dels

familiars més pròxims, en alguna persona que el pugui representar, en aquest darrer cas, cal oferir al menor la possibilitat de ser escoltat.

Si no n'hi ha, la Circular remet a l'art. 17.2 LORPM, però ja hem defensat abans la necessitat que es nomeni un defensor judicial com a mecanisme més idoni per salvaguardar l'interès del menor. La Circular guarda silenci sobre el procediment per nomenar el defensor judicial o per triar la persona concreta que hagi d'exercir aquesta funció tuitiva. Respecte a la primera qüestió, el procediment és el d'una peça en la qual es tramita, tan ràpidament com sigui possible, l'expedient de jurisdicció voluntària. Pel que fa a la persona, cal ajustar-se a les disposicions del Codi civil, i és aconsellable que pugui ser algú de la confiança del menor. L'opció pel nomenament del defensor judicial en els supòsits de detenció s'ha vist reforçada, com ja s'ha indicat, per l'art. 520.4 LECrim.

b) En segon lloc, *si el menor no està detingut*, la representació correspon en primer lloc, a l'igual del cas anterior, al progenitor amb el qual no hi ha conflicte d'interès, i, si escau, a la persona del cercle més íntim del menor que pugui assumir aquesta funció representativa. Si no n'hi ha, la Circular guarda silenci. L'art. 520.4 LECrim es refereix al menor detingut. Per la seva banda, l'art. 2.5.c LOPJM es refereix a supòsits en què s'adoptin mesures en l'interès superior del menor.

Doncs bé, en aquests casos, el conflicte d'interessos es produeix des del moment que s'ha de procedir a articular la defensa del menor mitjançant la designació del lletrat. Podrien assumir els progenitors aquest nomenament? Díficilment podria ser aconsellable. En aquest cas, el nomenament del defensor judicial, per tal que el menor pugui defensar dels seus interessos, ha de tenir lloc des del moment que es constata que hi ha un conflicte d'interès, d'acord amb la legislació civil ordinària. No obstant això, el nomenament del defensor judicial hauria de ser inexcusable si els progenitors es personessin per emprendre accions penals i/o civils contra el menor infractor.

2. Menor infractor tutelat

Un altre supòsit en el qual pot resultar necessari nomenar un defensor judicial es dona quan el menor infractor està tutelat per l'Administració.

En aquest cas, cal recordar que, sigui quina sigui la forma de tutela o guarda, la intervenció de l'Administració ha de ser la mateixa, sense distingir entre els supòsits en què el menor estigui en tutela, en acolliment o en guarda.

En el cas que la víctima de l'acció delictiva del menor fos un altre menor tutelat, és evident que es produeix un conflicte d'interessos. L'Administració pública competent, sota la tutela de la qual es troben tots dos menors, hauria de triar entre la defensa de l'infractor o la de la víctima.

En aquests supòsits, és raonable pensar que l'Administració ha d'actuar en defensa del menor infractor, i no de la víctima, atès que, en ser-ne responsable civil subsidiària, la defensa del menor víctima podria resultar incompatible.

Ara bé, si la víctima és l'entitat de protecció del menor, sí que es podria produir una incompatibilitat d'interessos que justificaria el nomenament de defensor judicial per al menor infractor.

Si la víctima és un tercer, i l'infractor menor és tutelat, en principi, la defensa del menor l'hauria d'assumir l'entitat pública, però podria donar-se un conflicte d'interès en el cas que el tercer exercités l'acció civil, ja que la defensa objectiva del menor toparia amb la responsabilitat de l'Administració, que pretendria rebaixar al màxim el pagament que hi correspongués. Es podria produir un conflicte d'interessos? Això s'hauria de valorar en cada cas concret, i si n'hi ha, es podria designar un defensor judicial per al menor infractor.

En els casos en què hi ha diversos infractors tutelats, quan les defenses són incompatibles, l'Administració competent no pot assumir-ne la defensa de tots. En aquest cas, l'Administració hauria de triar-ne un per assumir-ne la defensa, i hauria de nomenar defensor judicial per als altres, cosa que els garantiria el dret de defensa.

Seria el mateix cas en els supòsits de menors tutelats alhora infractors i víctimes (cas de baralles mútues), ja que les defenses serien incompatibles.

En tots aquests casos, el Ministeri Fiscal ha d'assumir un paper de garant per evitar qualsevol vulneració del dret de defensa del menor.

Cal no oblidar que si el menor gaudeix de prou discerniment no cal procedir al nomenament del defensor judicial, ja que pot decidir sobre la designació del lletrat, un cop s'hagi valorat que coneix la transcendència de l'acte, o bé assumir la que proposen els seus representants, encara que hi hagi incompatibilitat.

C) Defensor judicial del menor víctima

El nomenament d'un defensor judicial pot donar-se també en el cas que el menor participi en el procediment penal (ordinari o de menors) en una condició diferent de la de subjecte passiu.

En aquest punt convé posar en relleu com s'ha arribat a la regulació actual, en què s'ha intentat de consolidar la figura del defensor judicial com a principal garantia del menor víctima o subjecte actiu del procediment, en els casos en què hi ha algun tipus de conflicte entre els interessos del menor i els de qui que haurien de representar-lo en el procés.

Com a punt de referència en aquesta qüestió, cal que ens referim a la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Penal, 699/2014, de 28 d'octubre, el ponent de la qual va ser el magistrat Antonio del Moral García.

Aquesta sentència es va dictar en un recurs de cassació contra una sentència dictada per l'Audiència Provincial de Cadis, en el marc d'un sumari instruït per un delictes d'abús sexual amb accés carnal. La víctima d'aquests era un menor d'edat, i el condemnat, el seu progenitor, qui, en el decurs d'una visita establerta en les mesures provisionals del procediment de divorci, va portar el menor (que llavors tenia quatre anys d'edat) al bany i amb ànim lúbric va introduir-se a la boca el penis del menor i li va fer una fel·lació.

Sense perjudici de la qüestió relativa a la qualificació dels fets, la defensa qüestiona la validesa de la principal prova de càrrec, la declaració de la víctima menor d'edat, assenyalant que el seu testimoni no s'hauria de valorar, atès que no es va advertir el menor de la facultat que preveu l'art. 416 LECrim que li permet no declarar contra determinats parents.

Aquest cas dona peu al ponent a entrar a valorar l'abast d'un conflicte d'interès, com es ara aquest entre un progenitor i el seu fill menor, quan es tracta de decidir si el menor ha d'acollir-se a la dispensa de l'art. 416 LECrim o no. El conflicte és evident, ja que la principal prova de càrrec és la declaració del menor, de manera que la dispensa determinaria l'absolució del seu progenitor.

La sentència comença desgranant el sentit de la dispensa que preveu l'art. 416 LECrim i assenyala que aquesta no és un dret de l'investigat, sinó del testimoni, i amb una citació de la Sentència del Tribunal Constitucional 94/2010, de 15 de novembre, recull la possibilitat que voler declarar, encara que no s'hi hagi fet l'advertiment que preveu l'art. 416 LECrim, es pot inferir d'actes inequívocs de la víctima-testimoni, com ara els fet d'exercir l'acusació particular.

Si es tracta d'un menor d'edat, és evident que no té condicions per poder pronunciar-se sobre aquesta qüestió per si mateix, perquè el menor no té la capacitat necessària per comprendre l'abast del conflicte que hi ha en joc i, per tant, de dilucidar si s'ha d'acollir a aquesta previsió o no. Cal un cert grau de maduresa per poder pronunciar-se sobre si es fa ús de la dispensa de l'art. 416 LECrim o no, i el tribunal ha de valorar, mitjançant judici ponderatiu, si el menor que declara reuneix aquestes condicions.

Sense la capacitat necessària en el menor, és l'altre progenitor qui ha de prendre la decisió sobre si el menor ha de declarar en el judici o no. Així doncs, la sentència assenyala que «En tot cas és ella [la mare] qui hauria d'haver estat advertida» sobre si volia acollir-se al dret a no declarar o si no volia acollir-s'hi. «Són els seus representants legals, en la forma que preveu la legislació civil, els cridats a decidir» sobre l'exercici d'aquesta facultat.

En el supòsit enjudiciat, ateses les circumstàncies, es conclou que la mare en cap moment no va es voler acollir-se a aquesta facultat, ja que els seus actes van ser concloents, exercitant l'acusació particular, declarant en el procediment, etc.

Ara bé: què hauria passat si la progenitora hagués optat per acollir-se a la dispensa? En aquest cas, el progenitor estaria en condicions de decidir en nom del seu fill, ja que el conflicte es donaria amb la progenitora, i això menaria el menor a una situació enormement perjudicial per als seus interessos.

Tal vegada, l'abisme que s'obre davant d'un despropòsit d'aquestes dimensions va ser el germen que va determinar la regulació actual de l'art. 26.2 de la Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delictes, d'acord amb el qual:

«El fiscal ha de sol·licitar al jutge o tribunal la designació d'un defensor judicial de la víctima, perquè la representi en la investigació i en el procés penal, en els casos següents:

- a) Quan valori que els representants legals de la víctima menor d'edat o amb una capacitat judicialment modificada tenen amb ella un conflicte d'interessos, derivat o no del fet investigat, que no permet confiar en una gestió adequada dels seus interessos en la investigació o en el procés penal.
- b) Quan el conflicte d'interessos a què es refereix la lletra a) d'aquest apartat existeixi amb un dels progenitors i l'altre no es trobi en condicions d'exercir adequadament les seves funcions de representació i assistència de la víctima menor o amb capacitat judicialment modificada.
- c) Quan la víctima menor d'edat o amb una capacitat judicialment modificada no estigui acompanyada o es trobi separada dels qui exerceixin la pàtria potestat o càrrecs tutelars.»

Aquest article s'emmarca en una sèrie de mesures de protecció específiques per a víctimes especialment vulnerables.

Respecte a aquestes mesures, l'exposició de motius de la Llei 4/2015, de 27 d'abril, indica que «s'inclouen les mesures concretes de protecció per a col·lectius que no tenen legislació especial i, particularment, les de menors d'edat víctimes d'abús, explotació o pornografia infantil, víctimes de tràfic d'éssers humans».

El legislador pensa en modalitats delictives determinades, una de les quals és, precisament, la que va donar peu al pronunciament judicial exposat, de manera que sembla recollir la qüestió que esmentàvem i regula la solució per a aquests casos mitjançant la figura del defensor judicial.

El precepte es refereix al fiscal com la persona que ha de promoure el nomenament del defensor judicial, la qual cosa entronca amb l'atribució al fiscal de la posició de garant de l'interès superior del menor, i al jutge o tribunal li'n correspon el nomenament.

La nova figura acumula tres supòsits diferents que mereixen una atenció detallada.

El tercer supòsit, el que preveu l'art. 26.2.c, és el més senzill de visualitzar i es refereix a un fet objectiu, l'absència de representant legal ha de determinar la necessitat que es faci el nomenament d'un defensor judicial. No obstant això, el defensor judicial, si la víctima no està acompanyada, s'ha de limitar a les primeres actuacions fins que l'entitat competent n'assumeixi la guarda, i és aquesta entitat qui ha d'assumir la representació del menor, de manera que s'evita que hi hagi suplantacions entre les funcions del defensor i les del seu representant.

Tenen més interès els altres dos supòsits, que introdueixen elements valoratius amb una càrrega d'indeterminació alta.

El primer cas (art. 26.2.a) es refereix a un conflicte que pot derivar, o no, del fet investigat i que podria fer pensar (en el futur) en una «gestió inadequada» dels interessos del menor en el procés penal.

Tal com es planteja el supòsit de fet, convé que ens preguntem quina relació hi ha entre la «gestió inadequada» i el «conflicte d'interessos»; si el conflicte és l'element clau que ens permet determinar l'àmbit sobre el qual s'ha de projectar la incompatibilitat del representant per assumir la representació del menor, en un avanç normatiu innovador, el precepte projecta el conflicte sobre unes conseqüències concretes, és a dir, preveu un resultat derivat del conflicte: la gestió inadequada del representant per dur a terme la seva tasca respecte del menor amb una capacitat d'obrar limitada.

Amb això, el fiscal, en promoure la sol·licitud, i el jutge o el tribunal, en resoldre, han de fer un pronòstic hipotètic de resultat futur de l'actuació dels representants del menor amb els quals hi ha un conflicte d'interessos, de manera que podem trobar-nos davant el supòsit d'un conflicte que no permeti inferir que desemboqui en una gestió inadequada dels interessos del menor.

El segon cas és el que ens permet respondre al problema suscitat arran de l'anàlisi de la Sentència del Tribunal Suprem 699/2014 que hem exposat; quan hi ha conflicte amb un dels progenitors i l'altre no està en condicions d'assumir les funcions de representació del menor, també s'ha de fer el nomenament d'un defensor judicial.

Això suposa introduir un punt més de valoració subjectiva, ja que, després de fer l'anàlisi de la situació indicada respecte d'un dels progenitors, s'arriba a la conclusió que l'altre progenitor no està en «condicions» d'exercir les seves funcions representatives.

Entrem en el camp de les valoracions, que són tremendament propenses a generar situacions d'inseguretat jurídica, per això seria adequat cercar referents que ens puguin permetre determinar com cal valorar aquest tipus de situacions, i un d'aquests pot ser, precisament, la sentència exposada.

Per què aquesta sentència ens pot ajudar a l'hora de valorar si és procedent nomenar un defensor judicial? La sentència, basant-se en la dispensa de l'art. 416 LECrim, en primer lloc, evita que el menor hagi d'afrontar decisions d'una transcendència que excedeix la seva capacitat i posa el focus d'atenció en els qui han d'exercir-ne la representació legal, que són els qui han de prendre la millor decisió per al menor. A partir d'aquí, podem distingir dos supòsits:

– Quan hi hagi un conflicte d'interessos entre el menor i el progenitor que ha de prendre la decisió, sense possibilitat de dirigir-se a ningú altre, la prevenció d'acudir al nomenament del defensor queda marcada per la mesura del perjudici que la decisió del progenitor pot suposar en els interessos del menor, de manera que resulti impossible confiar que la seva decisió sigui millor per als interessos del menor que la que pugui derivar del nomenament d'un defensor judicial.

– Quan podem recórrer a l'altre progenitor, és aquest qui ha de prendre la decisió més adequada per al menor. Però la idoneïtat d'aquesta decisió s'ha de valorar des de la salvaguarda de l'interès del menor, per tant, si la decisió que pren el representant no respecta d'una manera efectiva els drets del menor, llavors hem d'acudir a les institucions tuitives externes i delimitar la capacitat d'intervenir en el procediment del representant legal amb el qual a priori no hi ha conflicte.

En definitiva, l'aprovació de l'Estatut jurídic de la víctima imposa ara una valoració nova, que ens mena mentalment a situar-nos en el futur per preguntar-nos com serà l'actuació del representant legal del menor o si està en condicions d'exercir les seves funcions.

Això suposa prendre en consideració el cas concret, valorar les circumstàncies concurrents i, sobretot, tenir presents supòsits altament susceptibles que hi concorrin aquests pressupostos, com en els casos de maltractaments infantils o relacionats amb la llibertat o la indemnitat sexuals del menor, tal com assenyala l'exposició de motius de la Llei 4/2015, de 27 d'abril, sense oblidar que qualsevol decisió que s'adopti ha d'estar guiada per l'interès superior a fi d'*assegurar el respecte complet i efectiu de tots els drets del menor*.

D) El defensor judicial del menor subjecte actiu del procediment

Finalment, hem de fer referència a la possibilitat que sigui el menor el qui decideixi emprendre accions.

Els menors d'edat tenen la capacitat d'obrar limitada, i per això no estan legitimats, per si mateixos, a emprendre determinades accions i constituir-se com a part activa del procediment, de manera que necessiten l'assistència dels seus representants legals.

Ara bé, què passa si els qui han de representar el menor no poden o no volen fer-ho?

L'art. 10.2.e de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, estableix que: «Per a la defensa i garantia dels seus drets, el menor pot:[...] e) Sol·licitar assistència legal i el nomenament d'un defensor judicial, si escau, per emprendre les accions judicials i administratives necessàries encaminades a la protecció i defensa dels seus drets i interessos. En tot cas el Ministeri Fiscal pot actuar en defensa dels drets dels menors».

Aquest precepte atribueix al defensor judicial un paper renovat, perquè ja no apareix vinculat a un «conflicte d'interessos» concret, sinó que es configura com un dret del menor per a la defensa i la garantia dels seus interessos, per poder personar-se en el procediment i ser-ne part.

Aquest precepte ha estat objecte de crítica per la seva indeterminació, ja que del seu tenor literal s'infereix que el menor pot instar el nomenament del defensor judicial en qualsevol circumstància, en qualsevol procés i per qualsevol motiu, amb independència de les facultats del Ministeri Públic.

Així doncs, resulta cridanera l'escassa concreció de l'expressió «si escau» que utilitza el precepte. Sembla que indiqui que el menor pot sol·licitar assistència legal o un defensor judicial «si escau» sense especificar concretament a quin cas es refereix aquesta darrera possibilitat (és a dir, el nomenament de defensor judicial). Tenint en compte la naturalesa de la institució del defensor judicial, es podria pensar que el cas a què es refereix l'article s'emmarca en una situació de conflicte entre els qui haurien d'exercir les funcions de representació i el menor, però la veritat és que el precepte no ho aclareix.

Per tant, entenem que aquesta ha de ser la interpretació més lògica per a aquests supòsits. El nomenament del defensor judicial ha de respondre a alguna raó, i aquesta raó no pot ser cap altra que l'existència d'un conflicte, o fins i tot «simples discrepàncies» com assenyalava l'art. 2.5.c LOPJM.

En qualsevol cas, això no deixa de ser una interpretació, perquè la veritat és que a partir de la nova regulació s'ha donat un nou abast de la figura del defensor judicial, vinculat al dret del menor a participar en el procés, quan vulgui intervenir en defensa del menor o per protegir els seus drets i els seus interessos.

Aquest nou abast s'emmarca en una revisió del principi de l'interès superior del menor. Precisament, la tutela d'aquest interès superior és el primer criteri orientatiu a l'hora de delimitar les situacions en què s'ha d'acudir al defensor judicial.

Un altre aspecte important que cal subratllar en aquest precepte és la darrera proposició, relativa a la intervenció del Ministeri Fiscal.

En primer lloc diu que «En tot cas», però, immediatament, s'acompanya d'un verb amb valor condicional, quan afirma que «pot» actuar en defensa dels interessos del menor.

L'avantprojecte presentant pel Govern al Congrés no incloïa aquesta previsió. La introducció d'aquest darrer apartat es va fer mitjançant una esmena del grup parlamentari Esquerra Plural (IU, ICV-EUiA, CHA) justificada en la necessitat de «defensar els interessos del menor», encara que en realitat es limitava a recollir les crítiques que ja havia formulat el Consell Fiscal.

Sorprèn que s'utilitzi el verb *poder* quan es parla de la intervenció del Ministeri Fiscal, que sempre intervé orientant la seva actuació a la satisfacció de l'interès superior del menor (art. 3.13 de l'Estatut orgànic del Ministeri Fiscal). El tenor del precepte fa pensar que la intervenció del Ministeri Públic estigui supeditada a algun tipus d'habilitació legal o que actuï a excitació del menor, sumint la funció de defensor judicial.

Les dues interpretacions s'han de moderar tenint en compte la finalitat última abans exposada, la protecció de l'interès jurídic del menor, en el benentès que el que realment es pretén és garantir de manera absoluta el dret de defensa del menor a la defensa dels seus drets i interessos, per la via del defensor judicial, quan escaigui, o bé mitjançant la intervenció del Ministeri Fiscal.

E) Supòsits conflictius

La possibilitat que el menor, en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, pugui dotar-se d'un defensor judicial ens porta a plantejar-nos diversos supòsits en què pot haver-hi descoordinació entre les jurisdiccions de menors i ordinària:

1. Supòsit de menor denunciador/perjudicat - infractors majors i menors

Pensem en el cas que, d'acord amb el que disposa l'art. 10.2.e LOPJM es faci el nomenament d'un defensor judicial per al menor que emprèn les accions judicials que li corresponen en l'exercici de drets i interessos legítims, en una causa penal en què hi infractors majors i menors d'edat. En aquests casos, hi ha, com a mínim, dos procediments oberts, un davant el jutjat d'instrucció competent i un altre a la Fiscalia de Menors. Llavors, quants defensors judicials del menor cal nomenar?

Necessàriament, un sol defensor judicial. En aquests supòsits, s'hauria d'extremar al màxim la coordinació entre totes dues jurisdiccions, de manera que, si en un dels procediments el menor insta el nomenament del defensor judicial, aquest pugui exercir les seves funcions en tots dos, i que es dicti una sola resolució judicial amb habilitació en les dues jurisdiccions, ja que, en definitiva, el fet d'on emanen les accions és el mateix, però es dirimeix en dos procediments diferents.

2. Supòsit de menor denunciador/perjudicat i al seu torn infractor

Si el menor assumeix la doble condició d'infractor i denunciador, cal distingir dos supòsits: que la persona a qui denuncia el menor sigui també menor d'edat o que sigui major d'edat.

En el cas que la persona denunciada pel menor sigui major d'edat (per exemple, en un supòsit de violència intrafamiliar en què els pares i el menor es denunciïn mútuament), el nomenament de defensor judicial té un fonament legal diferent segons si el menor és subjecte actiu o subjecte passiu del procediment. Quan és subjecte passiu en el procés de menors, el seu fonament és l'art. 520.4 LECrim, si el menor està detingut, o l'art. 2.5.c LOPJM, si no ho està.

Ara bé, com que la persona a qui denuncia el menor (els seus pares) són majors d'edat, la denúncia del menor contra els progenitors s'ha d'investigar davant el jutjat d'instrucció, on el menor necessitaria defensor judicial a l'empara de l'art. 10.2.e LOPJM.

En aquests casos, fora desitjable advocar per la situació anterior, de manera que el defensor judicial sigui el mateix en tots dos procediments, en els termes exposats.

Finalment, si la persona denunciada pel menor infractor també és un menor (per exemple, en els casos de baralles mútues de menors sotmesos a guarda d'una entitat pública), i cal nomenar un defensor judicial per a un dels menors infractors, aquest mateix defensor ha d'articular tant la defensa del menor com l'exercici de les accions que li puguin correspondre en garantia dels seus drets legítims.

7è- PROBLEMÀTICA DE LA RESPONSABILITAT CIVIL *EX DELICTO* EN EL SISTEMA DE DOBLE ENJUDICIAMENT

Jorge Jiménez Martín

Magistrat especialista de menors

Director del Servei de Selecció i Formació Inicial de l'Escola Judicial

A) Evolució històrica

Ni el Text refós de la legislació sobre tribunals tutelars de menors, aprovat per Decret de 11 de juny de 1948, ni la Llei orgànica 4/1992, de 5 de juny, reguladora de la competència i el procediment dels jutjats de menors, permetien als tribunals de menors o els jutjats de menors pronunciar-se sobre la responsabilitat civil derivada dels fets punibles comesos per menors. En el primer cas, s'establia que les accions civils per a la restitució d'objectes, la reparació de danys o la indemnització de perjudicis originats per actes o omissions executats per un menor, el coneixement dels quals fos competència del Tribunal Tutelar, només les podia exercitar el perjudicat, si esqueia, davant els tribunals ordinaris de l'ordre civil. Així doncs, el Tribunal Tutelar es limitava a declarar els fets que estimava acreditats, i la participació del menor; aquest pronunciament els atorgava la consideració de fets provats. Després de la Llei orgànica de 1992, l'exclusió es va mantenir. En aquesta època, la responsabilitat civil corresponia, directament, a l'autor del delicte, ja que qualsevol persona responsable d'un delicte ho és també civilment. I, subsidiàriament, a les persones que hi han de respondre per culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

La LORPM modifica el sistema, ja que l'art. 61.3 indica que, quan el responsable dels fets comesos sigui un menor de 18 anys, els seus pares, tutors, acollidors i guardadors legals o de fet, per aquest ordre, hi han de respondre solidàriament dels danys i els perjudicis causats. Si aquests no han afavorit la conducta del menor amb dol o negligència greu, el jutge pot moderar-ne la responsabilitat segons els casos. És una responsabilitat civil, anomenada *en cascada*, que es fixa des de diferents bases a la que preveu l'art. 1903 del Codi civil. A més, en el text originari de la LORPM (i fins a les reformes que s'hi van fer els anys 2003⁵ i 2006⁶), com que no permet l'exercici d'acusació particular, l'acció civil era l'única participació del perjudicat en el procés penal de menors.

A partir d'aquí, la reclamació de la responsabilitat civil en el procés de menors es presenta, de manera molt característica, marcada per dues circumstàncies:

1a) L'exercici de l'acció no correspon en cap cas al Ministeri Fiscal, tant si el perjudicat s'hi ha personat com si no: el Ministeri Fiscal només exercita l'acció civil quan el perjudicat no s'hi ha personat, ni se l'ha reservada per a exercitar-la en un procés civil posterior.

2a) L'acció civil no se substancia en el mateix procés penal, sinó a través d'una peça separada de responsabilitat, que es tramita de manera paral·lela i que el jutge de menors obre, al mateix temps que les diligències de tràmit de la peça principal, en el moment que el fiscal instructor li dona compte de la incoació d'un procés de menors del qual resulta responsabilitat civil. No es tracta d'un procés civil independent del procés principal, sinó d'una via incidental d'aquest procés. Això tenia sentit perquè els perjudicats presentaven diferent estatus en el procés de menors respecte de la responsabilitat penal del menor.

⁵ Llei orgànica 15/2003, de 25 de novembre.

⁶ Llei orgànica 8/2006, de 4 de desembre.

Actualment, encara hi ha qui sosté que les qüestions relatives a la responsabilitat civil s'haurien de derivar només a la jurisdicció civil, atès el caràcter educatiu i ressocialitzador del procediment de menors. No obstant això, la veritat és que els art. 61 a 64 LORPM preveuen les normes per tramitar i determinar la responsabilitat civil en el procés penal mateix.

B) L'exercici de l'acció per exigir responsabilitat

L'art. 61.3 LORPM diu que si el responsable dels fets comesos és un menor de 18 anys, els seus pares, tutors, acollidors i guardadors legals o de fet, per aquest ordre, hi han de respondre solidàriament dels danys i perjudicis causats. Perquè l'exercici de l'acció sigui procedent, els fets han de tenir transcendència penal i han de ser imputats a una persona major de 14 anys i menor de 18.

L'art. 61.1 LORPM indica que «L'acció per exigir la responsabilitat civil en el procediment que regula aquesta Llei l'ha d'exercir el ministeri fiscal, llevat que el perjudicat hi renunciï, l'exerceixi pel seu compte en el termini d'un mes des que se li notifiqui l'obertura de la peça separada de responsabilitat civil o se la reservi per exercir-la davant l'ordre jurisdiccional civil d'acord amb els preceptes del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil».

El problema que es planteja se situa en el supòsit de concurrència de responsables penals menors i adults. Així doncs, si en els fets han participat majors i menors d'edat, i són responsables civils els uns i els altres, se'ls pot reclamar tot a tots, tant en el procediment de menors com en el d'adults. Tots són responsables solidaris i, com a garantia del perjudicat, es pot reclamar la satisfacció i la reparació completes en cada procediment.

No obstant això, no és admissible de cap manera l'enriquiment injust, extrem al qual s'arribaria si el perjudicat cobrés el total de la indemnització –deguda en concepte de responsabilitat civil– de tots dos responsables en els dos procediments escindits.⁷ En aquest punt rau el problema fonamental d'aquestes línies, atès que l'exercici de l'acció –per a més garantia del perjudicat– es fa simultàniament en tots dos procediments. Els procediments no estan comunicats entre si, llevat que els operadors jurídics que hi intervinguin estableixin vies i llaços de comunicació del que es decideix i resol en cada procediment. Encara que pugui semblar sorprenent, hi ha molts casos en què no hi ha cap mena de comunicació de les circumstàncies que s'esdevenen en cada un dels procediments, ni quan aquestes circumstàncies o resolucions poden tenir transcendència o efecte en l'altre.

Així doncs, sense cap regulació específica alguna, l'eliminació del risc d'enriquiment injust queda pràcticament a la bona voluntat de tots els intervinents. Cal no oblidar que, per al perjudicat o els perjudicats, el procés de menors és una via de reparació important, atès que el temps de tramitació és més breu i la garantia que suposa el sistema de responsabilitat en cascada que es regula, on els progenitors del menor són fonamentalment els qui estan obligats a sufragar la responsabilitat civil. Cal afegir un altre risc a aquestes circumstàncies, com és la majoritària manca de formació jurídica i de coneixement dels procediments i els seus tràmits per part dels qui són perjudicats, unida a la falta d'una informació adequada i adaptada a aquests. Aquests extrems fan que en la major part dels casos el perjudicat no sàpiga que està sent reparat dues vegades pels mateixos fets, de manera que tendeix a considerar que el que se li pot abonar

⁷ SAP Àlaba, Sec. 2a, 179/2009, de 10 de juny; SAP Madrid, Sec. 4a, 120/2009, de 19 de juny; SAP Sevilla, Sec. 3a, 133/2011, de 11 de març.

doblement és just i li correspon legítimament, i encara més quan és el mateix jutjat o el tribunal qui li està trucant perquè vagi a rebre aquesta satisfacció econòmica.

Una altra circumstància rellevant és la possibilitat que s'hagin reservat les accions civils per exercitar-les davant la jurisdicció civil un cop acabat el procediment penal de menors. En aquest cas, en principi, no cal esperar que s'acabi el procés d'adults, en casos que hi hagi concurrència de menors i adults en la comissió d'un il·lícit penal, atès que la responsabilitat és solidària. Posteriorment, analitzarem algunes qüestions respecte a això.

En tot cas, per a l'exercici de l'acció civil en els supòsits de concurrència de menors i majors d'edat, és fonamental el paper del Ministeri Fiscal, que és qui està cridat a coordinar i tractar d'evitar les disfuncions que es generen en aquest àmbit.

C) Les mesures que assegurin el pagament de la responsabilitat civil

La LORPM no té cap previsió pel que fa a les possibles mesures cautelars civils, que són fonamentals per assegurar l'efectivitat de l'eventual condemna a indemnitzar. No obstant això, és aplicable la normativa que preveu la Llei d'enjudiciament criminal sobre les fiances i embargaments.

Aquestes mesures cautelars les ha d'instar el Ministeri Fiscal perquè les adopti el jutge de menors, i s'hauran de coordinar amb les mesures corresponents que s'adoptin en el procediment penal d'adults. No obstant això, la incidència de les mesures cautelars civils en la jurisdicció de menors amb prou feines té rellevància atès que la seva adopció és escassa o gairebé nul·la.

D) La determinació de la responsabilitat civil

Una de les disfuncions més grans que es pot presentar en els supòsits de concurrència de menors i majors d'edat en un fet il·lícit està relacionada amb la determinació de la responsabilitat civil concreta. En aquests casos, els problemes comencen en la instrucció mateixa de la causa en què, per tal d'evitar duplicitat d'actuacions, cal una actuació conjunta dels jutjats d'instrucció i de la Fiscalia de Menors. Sembla fonamental, pel que fa a la responsabilitat civil, que hi hagi els mateixos informes pericials en relació amb els aspectes que siguin comuns o idèntics. D'aquesta manera, es pot evitar que es produeixi una duplicitat de pericials sobre les mateixes qüestions, amb el risc de conclusions diferents o fins i tot contradictòries.

No és imprescindible que les resolucions que recaiguin respecte dels majors d'edat i respecte del menor o els menors d'edat coincideixin sempre pel que fa a la determinació de la quantia de la indemnització. Pot haver-hi casos en els quals es valorin indemnitzacions per danys corporals o mort en què aquestes quanties siguin diferents, pel nostre sistema de valoració d'aquestes contingències. Però on no sembla lògic que pugui haver-hi diferències és respecte de la taxació o la valoració d'un mateix bé o béns, o d'una sèrie de danys.

Davant determinacions de quanties diferents, el problema és quin ha de predominar, i encara més quan hi ha diferents obligats al pagament, sobre els quals s'ha declarat en sentència una quantificació de l'obligació diferent. En aquest supòsit concret, atesa la peculiaritat de les circumstàncies concurrents, una de les possibilitats seria atènyer-se a la suma més alta, si és fruit de circumstàncies no raonades i del desconeixement d'altres taxacions o valoracions fetes en l'altre procediment, ja que és la que beneficia més al perjudicat. El problema llavors és com s'ha de compatibilitzar aquest pronunciament; la solidaritat que regeix pel que fa a la responsabilitat i

les diferents indemnitzacions fixades en cadascuna de les sentències. Una solució possible és que tots els condemnats al pagament, majors o menors d'edat, abonin solidàriament la quantitat més alta. Sens dubte, el qui ha estat penat a abonar una quantitat més baixa oposarà aquesta circumstància als altres obligats al pagament per tal d'eludir una part de la indemnització. Però aquesta oposició no prosperaria, encara que en les sentències hi hagués pronunciaments diferents, atès el caràcter solidari de l'obligació a què es condemna. És cert que hi ha una contradicció entre les dues sentències, però també és cert que, atesa la solidaritat que regeix quant a la responsabilitat civil, fins i tot respecte a la suma concreta a la qual se l'ha condemnat, el qui abonés l'excés podria acudir exercitant l'acció civil de reclamació de quantitat i la corresponent de repetició davant la jurisdicció civil, amb grans possibilitats que la reclamació prosperés en aquest àmbit.

Això ens mena a l'obligació de coordinar tot el que toca a la responsabilitat civil en aquests supòsits per tal d'evitar aquest tipus de distorsions, encara que el més probable a la pràctica és que siguin els progenitors mateixos del menor els qui abonin completament la responsabilitat civil, amb molt poques possibilitats d'exercitar accions de repetició contra els majors d'edat, tant pel desconeixement jurídic d'aquesta possibilitat com per l'absència de béns o ingressos dels quals siguin titulars els majors d'edat. En l'execució de la responsabilitat civil dels adults sorgeix un problema interessant, quan davant d'una responsabilitat civil fixada en la sentència es poden donar aquestes possibilitats:

1a) Que els penats l'abonin completament, sense perjudici d'exercitar accions de repetició contra el menor d'edat i les persones que hagin de ser responsables solidàries de l'abonament.

2a) Que la responsabilitat civil hagi estat abonada en el procés de menors, i les sumes pagades siguin coincidents, o que la quantitat abonada en la jurisdicció de menors sigui més gran. En aquest cas, el problema és de comunicació per tal d'arxivar o detreure la suma corresponent de la quantitat a la qual van ser condemnats.

3a) Que la responsabilitat civil hagi estat abonada en el procés de menors i la suma, a la qual es va condemnar en aquella instància i posteriorment es va pagar, sigui inferior a la que consta en la condemna en la jurisdicció d'adults. Aquest és el cas especialment problemàtic, ja que hi ha una quantitat que falta per abonar i que només se'ls pot exigir als adults penats en el procediment de majors perquè l'abonin en aquesta executòria. Com a fruit de la solidaritat, no es pot reclamar al menor i els seus progenitors en l'executòria d'adults, encara que siguin els únics solvents, perquè mai no han estat part en el procediment d'adults. No obstant això, els adults, un cop l'abonin, poden exercir l'acció civil de repetició per aquesta suma, cosa que no sembla viable si en el marc de la solidaritat consta en el procés de menors que els progenitors del menor van abonar una quantitat superior a l'excés abonat pel major o els majors d'edat. També pot passar que, davant la insolvència dels majors d'edat, el perjudicat vulgui reclamar al menor d'edat i els seus progenitors, havent d'acudir com a única via disponible al procés corresponent de la jurisdicció civil.

Aquest darrer supòsit és el que pot portar més problemes. El més probable és, si es donen, puguin solucionar-se de manera amistosa, sense necessitat d'acudir a la jurisdicció civil.

No obstant això, totes aquestes disfuncions sí que generen la necessitat de coordinació entre la Fiscalia de Menors, el jutjat d'instrucció, el jutjat de menors, el jutjat penal i l'Audiència Provincial, segons qui intervinguin en el cas concret. I el paper fonamental per a aquesta coordinació resulta més eficient d'atribuir a la Fiscalia, atès que és l'agent que ha d'intervenir en tots els

procediments i les fases. Així doncs, la Fiscalia hauria de vetllar perquè en causes en què intervinguin menors i majors d'edat, els informes pericials els faci el mateix perit, fins i tot si fa dos informes diferents i en moments diferents. L'obligació d'un mateix perit ja introdueix un element de coordinació en la determinació de la responsabilitat civil, i és un acostament a les mateixes conclusions, o similars, en aquest àmbit. El perit el designa qui coneix primer de la causa i ha de ser informat de la concurrència de dos procediments diferents –d'adults i de menors– pels mateixos fets. Com que els temps d'una jurisdicció i de l'altra són diferents, el paper de la Fiscalia és clau. I seria important plantejar-se la presència del lletrat dels adults en el procés de menors i del lletrat de menors en el procés d'adults, en vista a la defensa pel que fa a la responsabilitat civil.

Un altre aspecte important, que pot generar disfuncions en la pràctica és la reclamació d'una quantia diferent pels danys morals que es puguin generar. Aquí l'esforç unificador i coordinador li correspon al Ministeri Fiscal, participant en tots dos procediments, que hauria de retre compte de les reclamacions, tractar d'unificar-les o ser una via de comunicació –si es desconeixen– de les peticions o condemnes fixades en aquest sentit en el procés de menors.

E) Els problemes del pagament de la responsabilitat civil

Si s'acredita l'abonament de tota la responsabilitat civil en el procediment d'adults, no és procedent executar en el procediment de menors els pronunciaments civils corresponents de la sentència que tinguin identitat de raó. Una altra cosa és que amb aquest pagament s'eludeixi la declaració de responsabilitat civil en sentència, la qual s'hauria de declarar si va quedar provada amb independència de quin dels subjectes actors –menors o majors d'edat– en faci el pagament. En aquests casos és fonamental l'aplicació del que disposa l'art. 116 del Codi penal, segons el qual queda fora de perill la repetició del qui hagi pagat contra tots els altres per les quotes corresponents a cadascun.

Passa el mateix si s'acredita que ja s'ha abonat la responsabilitat civil en el procediment de menors, que, excepte si la quantitat fixada en el procés dels majors d'edat és més alta, no es pot executar en el procediment d'adults.

Així doncs, les conclusions que s'hi han d'extreure per tal que el sistema tingui un funcionament millor i més comunicació són les següents:

1a) S'haurien d'extremar les cauteles entre el jutjat de menors i l'òrgan enjudiciador dels majors d'edat per anar remetent comunicació dels pagaments parcials que es facin.

2a) Aquesta funció de coordinació, com que és entre òrgans judicials, li correspon al lletrat de l'Administració de justícia de cada un dels òrgans encarregat de l'execució i dels pagaments corresponents.

3a) Per tal de millorar la gestió es podria implementar en l'Administració de justícia alguna eina informàtica d'avís o d'alarma entre expedients, o la configuració d'un expedient o un compte de pagament únic per aquest tipus de fets que donen lloc a diferents procediments penals per la intervenció de menors i majors d'edat.

F) La renúncia a la responsabilitat civil

Com és sabut, el perjudicat pot renunciar en qualsevol moment a la responsabilitat civil que li correspongui, fins i tot una vegada determinada i imposada en la sentència. Aquesta

circumstància s'esdevé amb una certa freqüència i pot donar lloc a disfuncions quan només es du a terme o es coneix en un dels procediments en què es tramiten els fets, ja sigui en el del menor o en el del major d'edat. L'òrgan judicial que rep la renúncia n'ha de reflectir l'abast: si només es refereix a aquest procediment i als seus intervinents, o bé si arriba també a altres intervinents i a un altre procediment que es porti davant la jurisdicció de menors o d'adults. La renúncia s'ha de comunicar de manera immediata a l'altre procediment perquè tingui l'efecte corresponent. Encara més: considerem que si hi concorren menors i majors d'edat, hi ha d'haver una comunicació directa i immediata entre tots dos procediments.

G) La possibilitat de fer una repetició de la suma abonada

Un altre dels problemes que es poden suscitar en aquest àmbit fa referència al cas en què, havent-se conclòs l'expedient incoat al menor i havent-ne abonat els progenitors la responsabilitat civil corresponent, s'insti l'acció de repetició contra els majors d'edat que encara no han estat sentenciats per aquests fets i la responsabilitat civil dels quals no ha estat declarada. Sembla que, segons el sistema creat, aquests no haurien d'esperar a l'acabament del procediment penal contra els majors d'edat per instar la repetició, quan han abonat la totalitat de la responsabilitat civil en virtut del caràcter solidari. El problema és que el procediment penal en què es declari culpables els majors d'edat i se'n determini la responsabilitat civil consegüent no hauria acabat.

No trobem cap impediment ni cap obstacle perquè s'exerceixi l'acció civil corresponent sense esperar a l'acabament del procediment penal d'adults. No obstant això, els demandats en aquesta acció de repetició podrien invocar l'existència d'una prejudicialitat penal, per la mateixa necessitat de determinar la responsabilitat penal perquè neixi la responsabilitat civil que fonamenta l'acció de repetició. Així doncs, és convenient remetre's al que disposa l'art. 40 de la Llei d'enjudiciament civil referent a això, i concretament:

«1. Quan en un procés civil es posi de manifest un fet que ofereixi aparença de delictes o falta perseguible d'ofici, el tribunal civil, mitjançant provisió, ho ha de posar en coneixement del ministeri fiscal, per si dóna lloc a l'exercici de l'acció penal.

2. En el cas a què es refereix l'apartat anterior, només s'ha d'ordenar la suspensió de les actuacions del procés civil quan hi concorrin les circumstàncies següents:

1a Que s'acrediti l'existència de causa criminal en què s'estiguin investigant, com a fets d'aparença delictiva, algun o alguns dels que fonamentin les pretensions de les parts en el procés civil.

2a Que la decisió del tribunal penal al voltant del fet pel qual es procedeix en causa criminal pugui tenir una influència decisiva en la resolució sobre l'afet civil.

3. La suspensió a què es refereix l'apartat anterior s'ha d'acordar, mitjançant interlocutòria, una vegada el procés només estigui pendent de sentència.»

Igualment, l'art. 10.2 LOPJ assenyala: «No obstant això, l'existència d'una qüestió prejudicial penal de la qual no es pugui prescindir per a la decisió deguda o que en condicioni directament el contingut determina la suspensió del procediment mentre no sigui resolta pels òrgans penals als quals correspongui, llevat de les excepcions que estableixi la llei».

Per tant, el més probable és que el procediment civil quedi paralitzat a l'espera que hi hagi resolució.

BIBLIOGRAFIA

ALBERT PÉREZ, S. *Sistema de responsabilidad civil derivada del delito cometida por menores de edad*. Granada: Comares, 2007.

BONILLA CORREA, J. A. *La responsabilidad civil ante un ilícito penal cometido por un menor. Aspectos sustantivos*. València: Tirant lo Blanch, 2009.

DE LA ROSA CORTINA, J. M.: *Responsabilidad civil por daños causados por menores. Aspectos sustantivos y procesales*. València: Tirant lo Blanch, 2012.

FONT SERRA, E. *Responsabilidad civil del menor en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor*. Barcelona: Atelier, 2003.

SAGÜILLO TEJERINA, E. «Algunas cuestiones procedimentales sobre la exigencia de responsabilidad civil en el proceso penal contra menores». *Diario La Ley*, núm. 8695 (4 de febrer de 2016).

VIAN IBÁÑEZ, A. «Responsabilidad civil: sistema actual en la LORPM. Análisis del enjuiciamiento y fallo de los delitos y las faltas desde la perspectiva del ejercicio conjunto de la acción penal y de la acción civil». *Anuario de Justicia de Menores*, núm. 9 (2009).

8è- LES RELACIONS ENTRE ELS JUTJATS DE VIGILÀNCIA PENITENCIÀRIA I ELS JUTJATS DE MENORS

M. David García Esteban

Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona

Magistrat especialista de menors

Una altra qüestió que es pot suscitar en la relació entre els òrgans de la subjurisdicció de menors i els jutjats penals ordinaris per a majors d'edat és la relativa a la competència respecte a la resolució dels recursos d'apel·lació contra les resolucions del jutjat de vigilància penitenciària sobre l'execució de la pena i específicament pel que fa a la classificació de grau de l'intern.

I és que cal tenir en compte que la LORPM va ser modificada per Llei orgànica 8/2006, de 4 de desembre, que, entre altres qüestions, va donar un tractament nou a la superació de la majoria d'edat per part del menor enjudiciat (i, si és el cas, condemnat) d'acord amb els preceptes d'aquesta llei. Aquesta qüestió, concretament, la regula l'art. 14 LORPM.

Efectivament, l'art. 14 LORPM assenyala que:

«1. Quan el menor a qui se li hagi imposat una mesura de les establertes en aquesta Llei arribi a la majoria d'edat, ha de continuar el compliment de la mesura fins a assolir els objectius proposats a la sentència en què se li va imposar d'acord amb els criteris expressats en els articles anteriors.

2. Quan es tracti de la mesura d'internament en règim tancat i el menor arribi a l'edat de divuit anys sense haver-ne finalitzat el compliment, el jutge de menors, escoltat el ministeri fiscal, el lletrat del menor, l'equip tècnic i l'entitat pública de protecció o reforma de menors, pot ordenar en una interlocutòria motivada que el seu compliment es porti a terme en un centre penitenciari de conformitat amb el règim general previst a la Llei orgànica general penitenciària si la conducta de la persona internada no respon als objectius proposats a la sentència.

3. No obstant el que assenyalen els apartats anteriors, quan les mesures d'internament en règim tancat siguin imposades a qui hagi complert vint-i-un anys d'edat o, havent estat imposades amb anterioritat, no n'hagi finalitzat el compliment en assolir aquesta edat, el jutge de menors, escoltats el ministeri fiscal, el lletrat del menor, l'equip tècnic i l'entitat pública de protecció o reforma de menors, ha d'ordenar-ne el compliment en un centre penitenciari d'acord amb el règim general previst a la Llei orgànica general penitenciària, llevat que, excepcionalment, entengui, tenint en compte les circumstàncies concurrents, que és procedent la utilització de les mesures que preveuen els articles 13 i 51 d'aquesta Llei o la seva permanència en el centre en compliment d'aquesta mesura quan el menor respongui als objectius proposats a la sentència.

4. Quan el menor passi a complir la mesura d'internament en un centre penitenciari, queden sense efecte la resta de mesures imposades pel jutge de menors que estiguin pendents de compliment successiu o que estigui complint simultàniament amb la d'internament, si aquestes no són compatibles amb el règim penitenciari, tot això sense perjudici que excepcionalment sigui procedent l'aplicació dels articles 13 i 51 d'aquesta Llei.

5. La mesura d'internament en règim tancat que imposi el jutge de menors d'acord amb aquesta Llei s'ha de complir en un centre penitenciari de conformitat amb el règim general que preveu la Llei orgànica general penitenciària sempre que, amb anterioritat a l'inici de l'execució d'aquesta mesura, el responsable hagi acomplert ja, totalment o parcialment, o bé una pena de presó imposada d'acord amb el Codi penal, o bé una mesura d'internament executada en un centre penitenciari de conformitat amb els apartats 2 i 3 d'aquest article.»

Per la seva banda, l'art. 44.3 de la Llei orgànica de responsabilitat penal dels menors estableix, literalment: «Quan, per aplicació del que disposa l'article 14 d'aquesta Llei, la mesura d'internament es compleixi en un establiment penitenciari, el jutge de menors competent per a l'execució conserva la competència per decidir sobre la pervivència, modificació o substitució de la mesura en els termes previstos en aquesta Llei, i el jutge de vigilància penitenciària assumeix el control de les incidències de l'execució d'aquesta en totes les qüestions i matèries a què es refereix la legislació penitenciària».

És a dir, que, si es donen dues circumstàncies, hi ha la possibilitat que un jutjat de vigilància penitenciària adquireixi competència sobre un menor condemnat d'acord amb la jurisdicció de menors:

- que el menor en qüestió (ja jove, en la terminologia que establia la redacció inicial de la LORPM) superi la majoria d'edat (18 anys) durant el compliment d'una mesura d'internament imposada en la jurisdicció de menors; i
- que aquesta mesura sigui necessàriament la d'internament en règim tancat, de manera que es descarten no només els internaments en règim obert i semiobert, sinó també l'internament terapèutic en qualsevol dels seus possibles règims (obert, semiobert i tancat).

Així doncs, en vista d'aquesta regulació, podem distingir **tres grups de tractament**:

1r) El que inclou la **regla general**; és a dir, que la superació de la majoria d'edat que es constata durant el compliment de la mesura d'internament en règim tancat no n'altera el règim (compliment en centre de menors i competència ordinària del jutjat de menors corresponent).

2n) N'és una **excepció** el compliment en centre penitenciari d'acord amb la Llei orgànica general penitenciària:

A) Si el menor arriba als 18 anys sense haver-ne acabat el compliment:

- El jutge de menors «pot ordenar», és a dir, és facultatiu si hi concorren els altres requisits i així ho decideix el jutge.
- Ha de ser necessàriament internament en règim tancat.
- Sempre han de ser oïdes les parts.
- Només en el cas que no respongui als objectius que proposa la sentència.

B) Si el menor (jove) arriba als 21 anys sense haver-ne acabat el compliment:

- El jutge de menors **ha d'ordenar** (en terme imperatiu).
- Ha de ser internament en règim tancat.
- Un cop oïdes les parts.

Excepció a l'imperatiu: si el menor està responent als objectius que proposa la sentència, el jutge pot determinar que continuï en un centre de menors o pot fer ús de les facultats dels art. 13 o 51 LORPM (cessació/substitució/escurçament de la mesura).

3r) **Excepció als règims anteriors**: el menor (jove) ha de complir en qualsevol cas en un **centre penitenciari**, d'acord amb la LOGP, si **ja ha completat**, en tot o en part, pena de **presó** com a adult o ha executat alguna mesura en un centre penitenciari d'acord amb el que s'ha dit. En

aquest sentit, es planteja problemàtica si ha complert **presó provisional**, entenent que el supòsit legal no la inclou quan fa referència a haver acomplert «totalment o parcialment» una pena, tenint en compte que la presó provisional no és pena (d'acord amb l'art. 34 del Codi penal).

Per tant, que el menor condemnat en la jurisdicció de menors sobrepassi la majoria d'edat, d'entrada, no ha de tenir incidència pel que fa a la competència dels jutjats. No obstant això, si la mesura que s'ha imposat al menor és la d'**internament en règim tancat** i el menor arriba a la majoria d'edat durant el compliment, en el cas que no estigui assolint els objectius que estableix la sentència d'una manera satisfactòria, i mitjançant el procediment d'audiència oportú, es pot derivar el menor al **centre penitenciari** d'adults corresponent, i passaria a dependre del **jutge de vigilància penitenciària** corresponent per a totes les qüestions de tractament i règim, llevat de la decisió de la «pervivència, modificació o substitució de la mesura», per a la qual cosa el **jutge de menors** sentenciador manté la competència íntegrament.

Passa el mateix si quan arriba a l'edat de 21 anys el jove continua complint la mesura d'internament en règim tancat, però en aquest cas la llei sembla establir el criteri de derivació contrari, és a dir, que el pas a un **centre penitenciari** és obligatori, llevat que el jutge de menors competent, i mitjançant el procediment d'audiència oportú, mantingui el menor expressament al **centre de compliment de mesures**, pel fet d'estar responent satisfactòriament als objectius que va establir la sentència.

Finalment, el jove ha de passar directament a un centre penitenciari si ha complert totalment o parcialment una pena de presó com a adult o ha executat ja anteriorment una mesura imposada com a menor en un centre penitenciari d'acord amb el que s'ha indicat.

Una conseqüència que deriva del pas al centre penitenciari és la **classificació de grau** de l'intern oportuna i, eventualment, la impugnació que el menor condemnat (ja adult) en pugui fer, de manera que, d'acord amb el que estableix la **disposició adicional cinquena de la LOPJ** introduïda per la Llei orgànica 5/2003, de 27 de maig, i malgrat les discussions competencials existents, sembla que és criteri actual assentat el que entén que n'és competent el **tribunal sentenciador** (i no necessàriament l'Audiència Provincial).

Així doncs, encara que durant algun temps, arran de la Interlocutòria del Tribunal Suprem, Sala Segona, de 14 de juny de 2005, s'ha entès que calia fer una interpretació integradora de la disposició esmentada amb les competències que estableix la LOPJ per a cada òrgan jurisdiccional i, en conseqüència, calia entendre que els jutjats penals (en el cas que el sentenciador en fos un) no tenien competència per resoldre recursos d'apel·lació, atès que aquesta competència figurava, precisament, entre les previstes per a les audiències provincials (ex art. 82 LOPJ), posteriorment i en l'actualitat, la mateixa sala del Tribunal Suprem entén que on hi ha criteri específic (DA 5a LOPJ) no hi ha de prevaler el criteri general (art. 82 LOPJ esmentat); i en aquest sentit la recent Interlocutòria del Tribunal Suprem, Sala Segona, Secció 1a, de data 15 de febrer de 2016 (ROJ: ATS 1326/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1326A), assenyala en el fonament jurídic 2n:

«SEGON.- La qüestió que es planteja en aquesta competència és la de determinar si l'òrgan sentenciador competent per resoldre els recursos d'apel·lació en matèria d'execució contra les resolucions dels jutjats de vigilància és el jutjat penal que ha dictat la sentència que s'executa, d'acord amb el que es desprèn del que disposa la disposició adicional cinquena de la LOPJ (jutjat o tribunal sentenciador), criteri que manté el jutjat de vigilància, o bé cal remetre'n la resolució en tot cas a l'Audiència Provincial, perquè és l'òrgan al qual correspon amb caràcter

general la competència funcional per resoldre els recursos que estableixi la llei contra les resolucions dels jutjats de vigilància penitenciària, quan la competència no correspongui a la Sala Penal de l'Audiència Nacional (art. 82 5è LOPJ), criteri que sosté el jutjat penal.

Tal com manté el Ministeri Fiscal, en el seu informe ben fonamentat, la qüestió s'ha de resoldre a favor de la competència del jutjat penal.

En efecte, en primer lloc, davant una contradicció que enfronti una disposició de caràcter general (art. 82 5è LOPJ) i una altra de caràcter especial (disposició addicional cinquena de la mateixa LOPJ), cal tenir en compte, d'acord amb els principis generals d'interpretació de les normes, el que disposa la norma especial. I és clar que la disposició addicional esmentada atribueix la competència en aquests supòsits l'òrgan sentenciador, que tant pot ser l'Audiència Provincial, com un Tribunal Superior de Justícia o un jutjat penal, i la disposició esmentada es refereix expressament al jutjat o tribunal sentenciador en dues ocasions, en el paràgraf segon, en expressar "en cas que el penat estigui complint diverses penes, la competència per resoldre el recurs correspon al jutjat o tribunal que hagi imposat la pena privativa de llibertat més greu; en cas que coincideixi que diversos jutjats o tribunals han imposat una pena de la mateixa gravetat, la competència correspon al que l'hagi imposat en últim lloc", la qual cosa posa en relleu de manera manifesta que el legislador ha pres en consideració els jutjats penals com a òrgans competents per resoldre els recursos en aquesta matèria, quan són l'òrgan sentenciador.

En segon lloc, des de la perspectiva de la finalitat de la norma, arribem a la mateixa conclusió, ja que si el legislador, respectant la competència de l'òrgan sentenciador per jutjar i executar el jutjat, atribueix la competència per resoldre els recursos en matèria d'execució als òrgans sentenciadors, i no a l'Audiència Provincial de la demarcació del territori on estigui el centre penitenciari, com passa en els recursos referents a matèries de règim penitenciari (disposició addicional, paràgraf 3r), no tindria sentit que posteriorment el recurs es desviés a l'Audiència Provincial del territori on es va dictar la sentència, encara que no hagi estat l'òrgan sentenciador, i es margini el Jutjat penal que sí que ho ha estat.

En tercer lloc, aquest és el criteri que ha mantingut aquest Tribunal en les seves resolucions més recents, per exemple en la Interlocutòria dictada amb data 2 de febrer de 2011 (ponent Sr. Monterde), en recurs núm. 20652/2010, en l'execució d'una sentència dictada pel Jutjat Penal de Sant Sebastià, que recorda l'acord plenari d'aquesta Sala de 28 de juny de 2002.

Aquest Acord Plenari citat, encara que fa referència amb caràcter general com a òrgan competent per resoldre aquests recursos al tribunal sentenciador, té com a fonament el mateix criteri que la competència per executar allò que s'ha jutjat correspon en darrera instància a l'òrgan jutjador, tant si és jutjat com tribunal (Interlocutòria de 5 d'abril de 2003, recurs 103/2002, ponent Sr. Soriano, que, encara que resol una qüestió diferent, es refereix tant a les audiències com als jutjats penals com a òrgans competents per resoldre aquests recursos).

És procedent, en conseqüència, resoldre la qüestió atribuint la competència al Jutjat Penal núm. 2 de Santander.»

En conseqüència, atorga la competència per conèixer d'aquests recursos al jutjat sentenciador, i, d'acord amb el que estem analitzant, es dona el cas que hi ha la possibilitat que un menor (un cop arriba a la majoria d'edat i apleix els requisits i les circumstàncies que ja s'han indicat més amunt) passi a complir la mesura en un centre penitenciari d'acord amb el règim general sota la competència del jutjat de vigilància penitenciària corresponent, excepte en la competència

que l'art. 44.3 LORPM reserva als jutjats de menors. No obstant això, si mentre el menor (ja jove) està ingressat en un centre penitenciari és classificat oportunament i està disconforme amb aquesta resolució, aquesta impugnació, en forma de recurs d'apel·lació davant de la interlocutòria del jutjat de vigilància penitenciària que la concedeixi o denegui (en pot ser apel·lant el Ministeri Fiscal), s'ha de remetre per a la seva resolució al jutjat sentenciador, que en el nostre cas és el jutjat de menors que hagi sentenciat l'assumpte, i sempre serà d'aquesta categoria (jutjat), tenint en compte que l'Audiència Provincial no té competència per a l'enjudiciament dels menors (excepte en el recurs d'apel·lació contra la sentència dictada pel jutjat de menors).

Finalment, cal indicar que es pot produir-se un **altre conflicte de competència entre el jutjat de menors i el jutjat de vigilància penitenciària** en els supòsits en què un menor estigui extingint la responsabilitat imposada en seu de menors en un centre penitenciari d'acord amb el règim que hem indicat: és el que deriva del cas en què el menor (jove) no reingressa després de gaudir d'un permís de sortida o quan s'esdevé una fuga.

En aquests casos, tal com ha passat entre els jutjats de vigilància penitenciària i els jutjats sentenciadors (generalment, jutjats penals), en què es discutia qui era competent per cursar les ordres de crida i cerca corresponents del menor (jove) fugat o no reingressat, sembla que s'ha establert amb caràcter general i pacífic que ho és l'òrgan sentenciador –en el nostre cas, el jutjat de menors corresponent –, i en aquest sentit es pot citar la Interlocutòria del Tribunal Suprem, Sala Segona, Penal, de 5 de març de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A), que conclou «[...] Així les coses, mentre el legislador no porti a terme amb més precisió la distribució de competències o atribucions dels Jutjats de Vigilància Penitenciària i de l'òrgan sentenciador [...], i atribueix la competència al jutjat sentenciador (en el cas tractat, el jutjat penal).

9è- VIOLÈNCIA DE GÈNERE COMESA PER MENORS D'EDAT SUBJECTES A LA LORPM I PROBLEMÀTICA QUE SE'N DERIVA

M. David García Esteban

Magistrat del Jutjat de Menors número 3 de Barcelona

Magistrat especialista de menors

A) Introducció. Concepte

Hem de començar l'aproximació a aquesta qüestió fent referència al concepte de *violència de gènere*, i l'examinarem a través del que ens ofereix la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere. Aquesta llei, en l'exposició de motius, indica que: «Es tracta d'una violència que es dirigeix sobre les dones pel fet mateix de ser-ho, pel fet de ser considerades, pels seus agressors, mancades dels drets mínims de llibertat, respecte i capacitat de decisió», i, en aquest mateix sentit, recull la definició àmplia que l'Organització de Nacions Unides va oferir en la IV Conferència Mundial de 1995 –«una manifestació de les relacions de poder històricament desiguals entre dones i homes»– i disposa en el seu art. 1 que «Aquesta Llei té per objecte actuar contra la violència que, com a manifestació de la discriminació, la situació de desigualtat i les relacions de poder dels homes sobre les dones, exerceixen sobre aquestes els qui siguin o hagin estat els seus cònjuges o els qui estiguin o hagin estat lligats a elles per relacions similars d'afectivitat, fins i tot sense convivència».

Partint d'aquest concepte, la doctrina i la jurisprudència es plantegen si és possible parlar de *violència de gènere* comesa per menors d'edat, específicament en els supòsits referits a les «relacions similars d'afectivitat, fins i tot sense convivència», atès hi ha dubtes que en la consideració de la condició de menors d'edat dels subjectes hi concorri aquest requisit i si aquesta situació satisfà les exigències interpretatives del que se sol entendre per relació d'afectivitat similar a la conjugal (fins i tot sense convivència).

B) Els diferents supòsits

Així doncs, podem observar els matrimonis de menors (actuals o ja dissolts) i les «relacions similars d'afectivitat» (actuals o passades), fins i tot sense convivència.

a) Relació matrimonial, actual o passada

Pel que fa al primer supòsit, la nostra legislació civil permet el matrimoni de menors d'edat a partir dels 16 anys.

L'art. 46 del Codi civil indica que «No poden contraure matrimoni: 1r. Els menors d'edat no emancipats. 2n. Els que estan lligats amb vincle matrimonial».

Per tant, s'entén que sí que poden contraure matrimoni els menors d'edat sempre que estiguin emancipats.

El Codi civil, abans de la reforma que hi va operar la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, establia en l'art. 48 que «El jutge de primera instància pot dispensar, amb causa justa i a instància de part», l'impediment d'edat a partir dels 14 anys, sempre amb audiència del menor i dels seus pares o guardadors, mentre que l'art. 314 CC establia que l'emancipació es produïa,

entre d'altres, pel matrimoni del menor, i així ho ratificava de nou l'art. 316 CC abans de la reforma esmentada.

La situació actual és una altra, ja que és permès el matrimoni dels menors d'edat sempre que estiguin «emancipats», i poden accedir a aquesta emancipació a partir dels 16 anys (art. 316, 317 i 320 CC). Per tant, actualment, és possible el matrimoni de menors d'edat però majors de 16 anys i, consegüentment, també és possible que aquest matrimoni s'hagi dissolt per alguna de les causes establertes legalment (art. 85 CC), de manera que per a aquests supòsits, i tenint en compte tant el concepte de violència de gènere expressat com els tipus penals d'eventual aplicació corresponents (art. 153.1 i 173.2 CP, entre d'altres), no suscitaria major problema.

b) Relació anàloga a la del matrimoni, actual o passada

No obstant això, sí que sorgeixen dubtes respecte als supòsits de violència de gènere quan ens trobem amb les relacions d'afectivitat anàlogues a la matrimonial (fins i tot sense convivència) referides als tipus penals que conté l'articulat del Codi penal després de la reforma que hi va fer la Llei orgànica 1/2015.

En aquest sentit i sobre aquesta qüestió, podem portar a col·lació la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem (ponent Excm. Sr. Berdugo Gómez de la Torre) (ROJ: STS 8962/2011), de data 23 de desembre de 2011, el fonament jurídic 1r de la qual assenyalava:

«Qüestionant el motiu la concurrència del primer dels requisits, sens dubte no tota relació afectiva, sentimental o de parella pot ser qualificada com a anàloga a la conjugal, però sí que s'observa coincidència en els pronunciaments de jutjats i audiències especialitzats en violència sobre la dona en el fet d'entendre que aquest precepte inclouria determinades relacions de festeig, sempre que hi hagi una vocació d'estabilitat evident, i no hi hauria prou per complir les seves exigències amb les relacions de simple amiatat o les trobades puntuals i esporàdiques. És, per tant, una qüestió de fet, subjecta a l'acreditació necessària dins el procés penal, la de determinar en quins supòsits la relació pot obtenir aquesta qualificació, per l'existència de circumstàncies de fet que permeten advertir aquest plus que acredita la serietat, l'estabilitat i la vocació de permanència de la relació.

En efecte, a través de les reformes necessàries fetes per les lleis orgàniques 14/1999 i 11/2003, es van ampliar els subjectes passius del tipus penal i s'hi van incorporar la relació d'afectivitat anàloga, amb convivència en la primera llei, i fins i tot sense convivència en la segona, en coordinació amb els canvis socials apareguts.

Aquestes modificacions tenen una importància substancial amb relació al supòsit en estudi, ja que, en l'actualitat, per LO 1/2004, s'ha ampliat substancialment el supòsit de fet típic. En el moment present, i és una qüestió que no ofereix dubte (tant per la redacció mateixa del CP com per la interpretació jurisprudencial que se'n fa), el tipus penal recull com a subjectes passius tant els cònjuges matrimonials com les parelles "more uxorio", allò que usualment es coneix com a parella de fet. I s'ha pretès, clarament, incloure altres supòsits de fet que amb anterioritat quedaven, en els quals es denota una especial vinculació o unió més enllà de la simple amiatat però que no quedaven immersos en una unió de fet (i molt menys en la matrimonial) per falta d'aquest element de convivència que era la determinant d'una estabilitat, d'un projecte de futur i d'una vocació cap a la creació d'una unitat familiar.

Ara, després de les modificacions operades per les LO 13/2003 i 1/2004, l'analogia respecte al matrimoni en la relació d'afectivitat existent entre l'imputat i la víctima ja no troba suport en les notes d'estabilitat i convivència, que han estat eliminades expressament en la redacció legal dels art. 153, 173.2 i 171.4. El grau d'assimilació al matrimoni de la relació afectiva no matrimonial no s'ha de mesurar tant per l'existència d'un projecte de vida en comú, amb totes les manifestacions que s'hi poden esperar, com precisament per la comprovació que hi comparteix la naturalesa de l'afectivitat en allò en què la redacció legal posa l'accent, la pròpia d'una relació personal i íntima que traspassi amb nitidesa els límits d'una simple relació d'amistat, encara que sigui molt intensa.

Els preceptes esmentats no tenen com a finalitat dispensar una protecció especial a la institució matrimonial, sinó justament sancionar l'aparició en la relació sentimental que és inherent a aquella, però que comparteix amb altres unions afectives a les quals s'estén la protecció, de situacions de violència, maltractament o dominació. Les relacions de parella constitueixen, com refereix l'Exposició de Motius de la LO 1/2004, un dels tres àmbits bàsics de relació de la persona amb les quals se sol produir l'aparició de la violència de gènere.»

En el mateix sentit ja s'havia pronunciat la STS de 12 de maig de 2009 (RJ 2009/4861), y recollint la doctrina assentada ja per l'Alt Tribunal, i en referència específica a les relacions de «festeig», la SAP Madrid, Sec. 26a, de 7 de setembre de 2012 (ROJ: SAP M 19114/2012); la SAP Múrcia, Sec. 3a, de 12 de novembre de 2012 (ROJ: SAP MU 2889/2012); la Interlocutòria de l'AP Cadis, Sec. 8a, de 27 de gener de 2010 (AC 2010\385); i la SAP Barcelona de 15 de març de 2004 (JUR 2004/120640), entre d'altres.

Cal prendre en consideració, addicionalment, que la Fiscalia General de l'Estat, en el Dictamen 7/2012, assenyala:

«Aquesta Circular considera que tot i que la plena capacitat es concedeix amb la majoria d'edat, les dones que no hi han arribat gaudeixen de capacitat per decidir l'inici d'una relació sentimental que les situa, sens dubte, sota l'esfera de tutela penal que s'atorga a les dones víctimes de violència de gènere. I tanca la qüestió afegint, entre altres extrems, que no semblen criteris assumibles aquells que neguen la tutela penal a les adolescents víctimes de violència de gènere, per no tenir projecte de vida en comú amb la seva parella; o per conuiu amb els pares i dependre'n econòmicament, o perquè hi hagi hagut una ruptura transitòria en la relació, o per qualsevol altra causa que la norma no requereix...»

Aquesta postura de la FGE apareix confirmada per pronunciaments judicials recaiguts en la jurisdicció juvenil en supòsits de violència contra la dona, sent menors víctima i agressor.

Així doncs, com a exemples, la SAP de Càceres, Sec. 2a, núm. 265/2010, de 16 de setembre o SAP Madrid, Sec. 4a, núm. 124/2009, de 24 de juny, no qüestionen tal vincle, i la SAP Segòvia, Sec. 1a, núm. 1/2011, de 20 de gener, argumenta expressament que *per a l'aplicació dels preceptes citats resulta indiferent l'edat dels qui puguin ser el subjecte actiu i passiu del delictes; n'hi ha prou que l'ofesa sigui o hagi estat esposa, o dona amb la qual estigui o hagi estat lligada a aquell per una relació d'afectivitat anàloga fins i tot sense convivència, com va passar en el cas d'actuacions en què el mateix acusat va reconèixer haver mantingut un festeig amb la perjudicada, la qual cosa és equivalent a una relació sentimental sense convivència...»*

Per contra, també hi ha pronunciaments judicials que segueixen un criteri molt restrictiu respecte a l'apreciació d'aquesta circumstància; en aquest sentit, per exemple, la Interlocutòria de l'AP

Barcelona, Sec. 3a, de 8 d'agost de 2005 (La Ley 274802/2005); la SAP Tarragona de 17 de març de 2008 (JUR 2008/142329); la SAP Alacant de 2 de febrer de 2007 (JUR 2007/250505); la SAP Astúries, de 15 de maig de 2007 (JUR 2007/288400); les SAP Cantàbria, Sec. 3a, de 22 de desembre de 2006 (La Ley 186933/2006), i de 5 de novembre de 2009 (La Ley 225926/2009); la SAP Còrdova, Sec. 1a, de 9 de febrer de 2004 (JUR 2004/103489); o la SAP Tarragona de 6 de febrer de 2006 (La Ley 14800/2006).

Per tant, en vista de la situació de jurisprudència i doctrina que exposen aquestes resolucions, i tot i tenir molta cautela en els supòsits que no es refereixen específicament als conjugals (actuals o passats) en què l'element típic sembla concórrer-hi de forma clara, cal entendre que per a les relacions d'afectivitat anàlogues a la matrimonial en el cas de menors d'edat (específicament quan l'assumpte el vegi en servei de guàrdia el jutjat d'instrucció que actuï per substitució del jutjat de menors, fora de les hores d'audiència, i quan aquesta actuació no pugui esperar fins a aquelles hores) i a l'efecte, si escau, d'haver de pronunciar-se sobre mesures cautelars urgents respecte dels menors, cal observar cada supòsit individualment, cas per cas, tenint en compte les circumstàncies concurrents en cadascuna de les relacions esmentades que siguin acreditades i que han d'anar orientades o han de tenir per base «certa permanència i estabilitat», de manera que se'n faci una «comprovació que comparteix amb aquell la naturalesa de l'afectivitat en allò en què la redacció legal posa l'accent, la pròpia d'una relació personal i íntima que traspassi amb nitidesa els límits d'una simple relació d'amistat, encara que sigui molt intensa». I això sense perjudici, és clar, del que resulti, si escau, de la instrucció que dugui a terme el Ministeri Fiscal (i, si escau, l'eventual sobreseïment) i/o la prova que es practiqui en l'acte de l'audiència en la jurisdicció de menors i el resultat de la seva valoració.

C) Problemàtica de la competència del seu coneixement pels tribunals

Hem de tractar de manera breu un eventual conflicte teòric de competència que es pot produir entre els jutjats de violència sobre la dona i els jutjats de menors. A les relacions entre els jutjats d'instrucció i els jutjats de menors ens referirem més endavant en tractar la pertinència o no de l'ordre de protecció.

En aquest sentit, ens referim a la possibilitat teòrica que es podria plantejar pel que fa a un conflicte de competència entre els jutjats de violència sobre la dona i els jutjats de menors en els supòsits qualificats de «violència sobre la dona» comesos per persones menors d'edat penalment responsables segons el que disposa l'art. 19 CP en relació amb el que disposen la Llei orgànica 5/2000, de 5 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, i la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

Així doncs, atesa la redacció de l'art. 87.1 de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial (després de la reforma feta per la LO 1/2004, i en la redacció vigent donada per la LO 13/2015, de 5 d'octubre) (competències del jutjat d'instrucció en l'ordre penal), l'art. 87 ter.1 LOPJ (competències del jutjat de violència sobre la dona en l'ordre penal) i l'art. 97 LOPJ (competència dels jutjats de menors), i vista la redacció d'aquests preceptes cal concloure que s'atribueix competència a una determinada classe de jutjats (els de violència sobre la dona) per conèixer dels delictes comesos sobre la dona en els supòsits que estableix, però, al mateix temps, sense excloure que el subjecte actiu de les conductes hagi de ser necessàriament major d'edat. Per tant, vista l'atribució de competències de l'art. 97 LOPJ i de la LORPM, sembla que hi ha una coincidència i un conflicte entre aquestes, i els autors entenen en la doctrina (v.g., Gómez

Colomer,⁸ o Grande Seara i Pillado González⁹) que es planteja la disjuntiva del tractament unificat de la violència de gènere que exposa la LO 1/2004 amb atribució competencial als jutjats de violència sobre la dona i amb dany, llavors, a l'esperit de la LO 5/2000, o bé l'atribució al jutjat de menors amb trencament del tractament unificat que la LO 1/2004 volia donar-li, tot i que s'inclinen per continuar l'atribució a la jurisdicció de menors i entenen recomanable que es disposi expressament l'atribució de competència.

D) Règim normatiu d'atribució de competència entre els jutjats d'instrucció i els jutjats de menors

Ja s'han tractat en altres apartats les relacions entre els jutjats d'instrucció i els jutjats de menors en diversos aspectes, però en aquest apartat ens referirem específicament a la problemàtica que es genera en els casos de violència de gènere comesa per menors i l'aplicació (o no) eventual de l'ordre integral de protecció prevista per a la víctima de la violència de gènere.

En aquesta matèria és oportú portar a col·lació el Reglament d'aspectes accessoris de les actuacions judicials (Acord CGPJ de 15 de setembre de 2005 [Reglament 1/2005]), l'art. 38 del qual estableix que «En cada partit judicial un dels jutjats d'instrucció o de primera instància i instrucció ha d'exercir, en règim de guàrdia, les funcions a què es refereix aquest títol. La mateixa comesa ha de desenvolupar a les circumscripcions que correspongui un jutjat de menors i un jutjat de violència sobre la dona».¹⁰

Pel que fa a les funcions que inclou el servei de guàrdia, el reglament esmentat les determina en l'art. 42 en indicar:

«1. Constitueix l'objecte del servei de guàrdia la recepció i la incoació, si escau, dels processos corresponents als atestats, les denúncies i les querelles que es presentin durant el temps de guàrdia, la realització de les primeres diligències d'instrucció criminal que resultin procedents, entre les quals hi ha les mesures cautelars de protecció a la víctima, l'adopció de les resolucions oportunes sobre la situació personal dels qui siguin conduïts com a detinguts a presència judicial, la celebració dels judicis immediats de faltes que preveu la Llei d'enjudiciament criminal, la tramitació de diligències urgents i d'altres actuacions que el títol III del llibre IV de la Llei d'enjudiciament criminal atribueix al jutge de guàrdia. I, també, la pràctica de qualssevol altres

⁸ GÓMEZ COLOMER, J. L. «El Juzgado de Violencia sobre la Mujer: aspectos orgánicos y competenciales». A: BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.). *La violencia de género: aspectos penales y procesales*. Sevilla: Universidad de Sevilla / Granada: Comares, 2007, p. 82; citat també per LUACES GUTIÉRREZ, Ana Isabel. «Cuestiones controvertidas en torno a la competencia penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer». A: DEL HOYO SANCHO, M. (dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la Violencia de Género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2009, p. 371.

⁹ GRANDE SEARA, P.; PILLADO GONZÁLEZ, E. *La Justicia Penal ante la violencia de género ejercida por menores*. València: Tirant lo Blanch, 2016, p. 33 i s.

¹⁰ Article 38 redactat per l'apartat primer de l'article únic de l'Acord de 17 de juliol de 2008, del Ple del Consell General del Poder Judicial, pel qual es modifica el Reglament 1/2005, de 15 de setembre, dels aspectes accessoris de les actuacions judicials, en matèria de servei de guàrdia als jutjats de violència sobre la dona (BOE de 29 juliol de 2008), amb vigència des de l'1 de novembre de 2008.

actuacions de caràcter urgent o inajornable de les que la Llei atribueix als jutjats d'instrucció i als jutjats de violència sobre la dona.

Totes aquestes actuacions s'entenen urgents a l'efecte de l'article 183 de la Llei orgànica del poder judicial.»

I l'apartat 3r hi afegeix:

«Igualment constitueix objecte del servei de guàrdia l'adopció de mesures cautelars respecte de les persones compreses en l'àmbit d'aplicació de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors, o la pràctica de diligències restrictives dels drets fonamentals d'aquestes persones, quan la seva necessitat se susciți fora de les hores d'audiència del jutjat de menors corresponent, sempre que a la demarcació d'aquest Jutjat de menors no hi hagi un servei de guàrdia propi d'aquesta classe d'òrgans jurisdiccionals. A aquest efecte, el jutge d'instrucció que atengui el servei de guàrdia ha d'actuar en substitució del jutge de menors corresponent. Adoptada la decisió que sigui procedent, el jutge d'instrucció en funcions de guàrdia ha de remetre les actuacions a l'òrgan competent i posar a la seva disposició, si escau, el menor de què es tracti [...].»

Per tant, aquests preceptes estan establint un servei de guàrdia per als òrgans assenyalats i determinen una sèrie de funcions pròpies del servei. Entre aquestes funcions, s'estableix que els jutges d'instrucció han de conèixer de les mesures cautelars (art. 28 i 29 LORPM, que es tracten en un altre apartat del treball) que s'hagin d'adoptar respecte dels menors d'edat o diligències restrictives de drets fonamentals (art. 23 i 26 LORPM), sempre que hi concorrin tres circumstàncies: 1a) que la qüestió se susciți fora d'hores d'audiència; 2a) que la decisió sigui inajornable; i 3a) que a la demarcació no hi hagi jutjat de menors en funcions de guàrdia.

Per tant, cal examinar el règim de guàrdia dels jutjats de menors ja que aquest règim ha de determina la intervenció, si escau, del jutjat d'instrucció corresponent en funcions de guàrdia.

Així doncs, l'art. 62 Reglament 1/2005 determina el règim que ha de regir aquesta classe de jutjat i estableix l'obligatorietat de les guàrdies en els partits judicials en què hi hagi quatre o més jutjats de menors, que faran tornos de manera successiva.

El servei de guàrdia s'ha de prestar durant la jornada ordinària de treball a què es refereix el precepte reglamentari i té caràcter setmanal, i el jutge de menors corresponent ha d'atendre aquestes sol·licituds amb caràcter ordinari. Si el Ministeri Fiscal formula la sol·licitud fora d'aquest horari d'audiència, l'apartat 3r del mateix art. 62 Reglament 1/2005 estableix que «el jutge i el secretari del jutjat, així com el funcionari o funcionaris als quals per torn correspongui, han de romandre en situació de disponibilitat i en condicions de contínua localització per atendre puntualment qualssevol incidències pròpies del servei de guàrdia que es puguin suscitar, i en aquest cas s'hi han d'incorporar de manera immediata».

No obstant això, l'apartat 5è de l'article esmentat disposa que:

«Sense perjudici del que disposa l'apartat 4, la Sala de Govern dels tribunals superiors de justícia, amb informe previ de la Junta de Jutges i del Ministeri Fiscal, pot disposar el servei de guàrdia de permanència de tres dies dels jutjats de menors, quan així ho aconsellin les necessitats del servei i mentre aquestes romanguin.

El Jutjat de guàrdia ha d'exercir la seva funció en règim de presència de 9 a 21 hores, i de 21 a 9 hores del dia següent, en situació de disponibilitat i en condicions de contínua localització, per

atendre puntualment qualssevol incidències pròpies del servei de guàrdia que es puguin suscitar, i en aquest cas s'hi han d'incorporar de manera immediata».

Per tant, cal distingir dos supòsits de règim de guàrdia, en un dels quals (el numèricament més gran) serà possible la intervenció del jutjat d'instrucció conforme a la normativa reglamentària assenyalada:

1r) Demarcacions amb un, dos i tres jutjats de menors¹¹ (la major part de les demarcacions): on no hi ha servei de guàrdia del jutjat de menors i, en conseqüència, totes les qüestions referides que sorgeixin fora de l'horari d'audiència pública han de ser ateses pel jutge d'instrucció corresponent en funcions de guàrdia, sense perjudici que una vegada adoptada la decisió sigui remès immediatament al jutjat de menors oportú.

2n) Demarcacions amb quatre o més jutjats de menors (València, Barcelona i Madrid): en aquests casos, les sol·licituds han de ser ateses pel jutge de guàrdia de menors corresponent, que pot desenvolupar la guàrdia en periodicitat setmanal, o bé en períodes successius de tres dies (amb permanència de 9 a 21 hores i en situació de disponibilitat de 21 hores a 9 del matí de l'endemà), en aquest cas per a supòsits excepcionals.

Com s'ha indicat, es preveu la possibilitat de la substitució extraordinària o accidental per als supòsits referits, entre els quals hi ha les mesures cautelars que s'hagin d'adoptar amb menors d'edat. Respecte a això, es interessant qüestionar-se si és possible que la víctima de violència de gènere (tant major d'edat com menor) presumptament comesa per un subjecte actiu menor d'edat sol·liciti o insti l'adopció d'una ordre de protecció integral de les que preveu l'art. 544 ter LECrim.

En aquest sentit, cal assenyalar que la LECrim té caràcter supletori respecte de la LORPM, d'acord amb el que disposa la disposició final primera d'aquesta, però igualment cal tenir en compte que els art. 28 i 29 LORPM regulen expressament les mesures cautelars per als menors d'edat, de manera que els qui estan en contra de l'aplicació d'aquesta ordre integral en seu de menors al·leguen que havent-ne una regulació expressa no s'hauria de recórrer a la regulació supletòria.

No obstant això, es pot objectar que les mesures que preveu la LORPM són de caràcter estrictament educatiu (llibertat vigilada, convivència en grup educatiu), sancionador-educatiu (internament en les seves diverses modalitats) o simplement de prevenció i protecció de la víctima (prohibició d'aproximar-se i/o comunicar-se amb la víctima o altres persones), però no recullen cap de les mesures civils que preveu l'ordre integral de protecció ni, per descomptat, les altres conseqüències administratives de possible aplicació en cas de concessió, de manera que la víctima de violència de gènere comesa per un menor d'edat es veuria manifestament desprotegida en aquests aspectes i, per tant, desigualment tractada respecte d'una víctima de violència de gènere comesa per un subjecte actiu adult. Efectivament, l'**art. 544 ter 5 LECrim assenyala:**

¹¹ D'acord amb la Llei 38/1988, de 28 de desembre, de demarcació i planta judicial, annex XI, Múrcia, Còrdova, Granada i Bilbao disposen de 2 jutjats de menors cadascuna; disposen de 3 jutjats de menors les demarcacions de Màlaga, Sevilla i Alacant; València té 4 jutjats de menors; i 6 i 7, respectivament, les de Barcelona i Madrid.

«L'ordre de protecció confereix a la víctima dels fets esmentats a l'apartat 1 un estatut integral de protecció que comprèn les mesures cautelars d'ordre civil i penal que preveu aquest article i les altres mesures d'assistència i protecció social que estableix l'ordenament jurídic.

L'ordre de protecció es pot fer valer davant qualsevol autoritat i administració pública.»

En aquest sentit, el Dictamen 7/2012, de 19 de desembre, de la Fiscalia General de l'Estat - Fiscal de Sala Coordinadora de Menors manifesta que l'ordre de protecció no és aplicable en la jurisdicció de menors atès que, com s'ha indicat, les mesures cautelars estan previstes expressament, de manera que no es podria recórrer a la regulació processal penal supletòria, sinó que cal entendre (i així ho indica als Srs. fiscals) la sol·licitud instada d'«ordre de protecció» com a referida a la mesura cautelar de prohibició d'aproximar-se i/o comunicar-se amb la víctima (complementada amb una mesura educativa de llibertat vigilada).

No obstant això, cal tenir en compte que el jutge d'instrucció en funcions de guàrdia que actuï de conformitat amb el que s'ha assenyalat anteriorment per substitució del jutge de menors en els supòsits excepcionals i inajornables a què ens hi hem referit s'ha de veure en la tessitura de resoldre, si així s'insta, la sol·licitud d'ordre de protecció cursada per una víctima de violència de gènere atribuïda a una persona responsable menor d'edat subjecta a les disposicions de la LORPM. Aquest supòsit es va produir, de fet, en els casos a què es refereixen les **Interlocutòries de l'Audiència Provincial de Múrcia, Secció 4^a, de 23 d'abril de 2004, i de l'Audiència Provincial de Girona, Secció 3^a, de 22 de juny de 2004**, a l'efecte de no desprotegir la víctima, sobre els drets de la qual també tenen un mandat de protecció els jutges i els fiscals de menors, de conformitat amb el que estableix l'art. 4 LORPM, amb risc evident que es produeixi «victimització secundària», i fins i tot és d'interès per al mateix menor a fi i efecte de regularitzar provisionalment determinats aspectes civils que són de la seva incumbència com, per exemple, el règim de visites, l'atribució d'habitatge, etc. I tot això amb l'extensió i l'abast que determina el precepte indicat de la LECrim i, a més, darrerament i amb major fonament, en vista de la Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delictes, que estableix una regulació global dels drets de les víctimes de delictes i que, específicament per a fills menors i per a menors subjectes a tutela, guarda o custòdia de dones víctimes de delictes de violència de gènere i/o de persones víctimes de violència domèstica, estableix el reconeixement del dret a les mesures d'assistència i protecció que estableixen els títols I i III de la llei.

Per tant, si bé hi ha interpretacions legals serioses contràries a l'aplicació de l'ordre integral de protecció per violència de gènere comesa per menors d'edat subjectes a la LORPM, també cal destacar-ne arguments a favor de l'aplicació, especialment en els supòsits d'actuació del jutjat d'instrucció per substitució del jutjat de menors d'acord amb el règim que hem assenyalat anteriorment, de manera que aquesta qüestió (com moltes altres que s'han anat assenyalant) no està definitivament resolta i admet interpretacions favorables a la tutela dels interessos de les víctimes al mateix temps que l'interès del menor investigat, i que en tot cas han de ser valorades i ponderades per l'autoritat judicial si s'hi dona la circumstància.

10è- CONCLUSIONS

Els textos que conté aquest treball han tractat d'analitzar des de diferents punts de vista tota la problemàtica que es genera arran de la separació absoluta de la jurisdicció penal referida a adults (jurisdicció ordinària) i de la referida als menors responsables subjectes a la Llei orgànica de responsabilitat penal dels menors (subjurisdicció de menors en la terminologia emprada per alguns autors), com també les relacions que tant des d'un punt de vista material com des del processal deriven d'aquesta separació en l'exercici de la jurisdicció per part dels diversos òrgans judicials.

Seguint l'ordre dels treballs i com a conclusió molt succinta del que de forma més extensa i detallada conté cadascun, podem concretar les consideracions següents:

1r) El tractament als implicats en el mateix fet imputat es correspon més amb el d'*acusat* que amb el de *testimoni*, seguint els criteris que apunta la Consulta FGE 1/2000, de 14 d'abril, que s'ajusta més als criteris que estableix la doctrina del Tribunal Constitucional que als que segueix la Sala Segona del Tribunal Suprem.

2n) El que ha declarat un menor expedientat davant el Ministeri Fiscal per no pot ser introduït via art. 714 LECrim en el procediment d'adults.

3r) Pel que fa a l'efecte de les diferents sentències derivades del doble enjudiciament majors/menors, cal considerar que, tot i que pròpiament no hi ha cosa jutjada respecte d'un amb un altre (excepte el denominat *efecte negatiu de la cosa jutjada*), per separar-se del provat en una o una altra resolució és exigible un «plus de motivació», de manera que la resolució de l'altre procediment pot servir com un element de corroboració més.

4t) Cal limitar tant com sigui possible el nombre de declaracions dels testimonis, i per això, un cop constatat el fenomen de doble procediment majors/menors, és exigible una coordinació entre el jutjat d'instrucció i la Fiscalia de Menors, i a aquest efecte s'apunta la possibilitat de practicar una sola declaració amb citació de totes les parts personades en ambdós procediments.

5è) En el cas del testimoni-víctima, el fet d'haver de repetir declaracions suposa una veritable victimització secundària; i es produeix un agreujament més gran d'aquest efecte en els casos en què s'ha produït un dany determinat i això ha fet que es requerís una pericial mèdica forense amb reconeixement personal. Per tant, es recomana que s'intenti fer un sol reconeixement mèdic forense i es remarca que, generalment, el jutjat d'instrucció està més a prop del domicili de la víctima, atès que la Fiscalia de Menors té caràcter provincial.

6è) Es configura com d'especial importància la comunicació efectiva i material de la informació de drets d'acord amb el que estableixen la Directiva 2012/29/UE i la Llei 4/2015 per la qual s'estableix l'Estatut de la víctima del delictes.

7è) Amb relació al que s'ha exposat es proposa:

- a) Mentre no es generalitzi l'expedient digital, que s'estableixi un mecanisme adequat d'identificació dels procediments com a causa de doble jurisdicció (a la manera de les etiquetes de «causa amb pres», etc.).

- b) Que el dret a la informació a què s'ha fet referència es posi en pràctica, des del primer moment, amb una actitud activa per part de qui l'ofereixi i que es proporcioni una informació no merament formal, sinó real i material. Es considera adequat que aquesta informació la facilitin les unitats policials en tant que són els primers a intervenir en els fets, amb la derivació eventual als serveis d'atenció a les víctimes, si escau.
- c) Que les declaracions de les víctimes menors d'edat / persones necessitades d'una protecció especial es facin amb els mitjans adequats com a prova «preconstituïda». A aquest efecte, sembla raonable que es facin així sempre que es tracti de menors de 14 anys. S'ha d'exigir coordinació entre el jutjat d'instrucció, la Fiscalia i el jutjat de menors, per a la qual cosa ha de tenir un paper central l'EATP.
- d) En cas d'exploracions mèdiques, que es faci una sola pericial amb remissió de particulars als procediments que correspongui.
- e) En cas de rodes de reconeixement, que es facin en seu de jutjat d'instrucció (atès que hi ha dació de fe del lletrat de l'Administració de justícia), amb citació de totes les parts implicades en ambdós procediments, i sempre que els cridats a ser reconeguts (majors o menors) presentin característiques similars, ja que d'una altra manera haurien de fer-se per separat necessàriament.

8è) El sistema de doble enjudiciament planteja, com s'ha observat, diverses problemàtiques. S'hi recullen consideracions *de lege ferenda* que esmenten la STS de 29 de gener de 2013 i la Fiscalia General de l'Estat; no obstant això, s'adverteix de la diferència qualitativa dels principis inspiradors d'una i jurisdicció i de l'altra que dificultarien summament les propostes referides.

9è) Es refereix la cautela especial que ha de seguir el jutge instructor quan en el curs d'una investigació se susciten indicis d'implicació d'un menor d'edat, atès que, d'acord amb l'art. 16.5 LORPM que estem analitzant, això produeix la pèrdua de competència objectiva respecte d'aquest investigat a favor de la Fiscalia de Menors corresponent, amb risc, en cas contrari, d'il·licitud d'obtenció de proves. A aquest efecte es recull la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció 4ª, de 20 de juliol de 2016, que analitza específicament la qüestió referida a l'observació de whatsapps.

10è) En el mateix sentit, la problemàtica que es pot generar per la utilització de fotografies d'un menor d'edat, o obtingudes quan era menor d'edat, en una investigació feta pel jutjat d'instrucció. A aquest efecte es recull la Sentència de la Sala Segona del Tribunal Suprem de 14 de març de 2014.

11è) Quant a les relacions del jutjat d'instrucció amb els jutjats de menors, podem establir les conclusions següents:

1. El Reglament d'aspectes accessoris regula les funcions del jutge d'instrucció en funcions de guàrdia. L'enumeració que conté el Reglament no té caràcter de *numerus clausus*, de manera que es pot ampliar a totes les altres funcions que li atribueix la llei.
2. L'actuació del jutge de guàrdia com a substitut del titular de qualsevol altre ordre jurisdiccional ha de respondre a motius d'urgència, necessitat i excepcionalitat.
3. En el cas de la jurisdicció de menors, el jutge d'instrucció en servei de guàrdia pot conèixer de les qüestions següents en substitució del jutge de menors:

- a) L'adopció de mesures cautelars respecte de les persones incloses en l'àmbit d'aplicació de la Llei orgànica 5/2000, de 12 de gener, reguladora de la responsabilitat penal dels menors.

- b) La pràctica de diligències restrictives dels drets fonamentals d'aquestes persones, quan la seva necessitat se suscitï fora de les hores d'audiència del jutjat de menors corresponent, sempre que a la demarcació d'aquest jutjat de menors no hi hagi un servei de guàrdia propi d'aquesta classe d'òrgans jurisdiccionals. En l'àmbit de Catalunya, això passa a les províncies de Tarragona, Lleida i Girona, atès que Barcelona disposa de sis jutjats de menors que desenvolupen règim específic de guàrdia.
- c) L'autorització que ha d'atorgar el jutge de menors dels permisos extraordinaris que preveu l'art. 47 (defunció o malaltia greu de familiars o naixement d'un fill dels menors internats) del Reial decret 1774/2004, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 5/2000, que per raons d'urgència hagin de ser autoritzades per l'autoritat judicial.
- d) És competent per resoldre el procediment d'*habeas corpus* en relació amb un menor el jutge d'instrucció del lloc en el qual el menor es trobi privat de llibertat (art. 17.6 LORPM).
- e) Resoldre, en cas d'urgència, sobre les diligències sol·licitades per alguna de les parts al Ministeri Fiscal, quan afectin drets fonamentals (d'acord amb l'art. 26.3 LORPM).
- f) Resoldre, amb caràcter urgent, sobre la sol·licitud de compareixença en l'expedient de l'acusació particular.
- g) Declaració del secret de l'expedient que preveu l'art. 24 LORPM per substitució del jutge de menors, quan es tracti d'assumptes urgents i inajornables.
- h) L'art. 17.4 LORPM remet al que disposa l'art. 520 bis LECrim, quan es tracti d'un menor que hagi participat en algun dels delictes a què es refereix l'art. 384 bis LECrim (persona integrada o relacionada amb bandes armades o individus terroristes o rebels). En aquests casos, el termini de detenció es pot ampliar, i pot actuar el jutge de guàrdia del Jutjat Central d'Instrucció, en substitució del Jutjat Central de Menors.

12è) Respecte a la figura del *defensor judicial* del menor, es poden extreure les conclusions següents:

- a) El defensor judicial és una institució l'objecte de la qual és la salvaguarda dels menors, incapaços o pròdigs, mitjançant la seva representació i empara, en els casos en què es produeix un conflicte d'interessos entre aquests i els seus tutors, representants legals.
- b) Atesa la situació d'urgència en què es pot produir la necessitat de nomenament es podria acudir a la via excepcional dels art. 158 CC o 236.3 CC de Catalunya.
- c) En l'àmbit del procés penal (d'adults i de menors), amb vista a determinar-ne el fonament legal, hem de distingir si el menor assumeix la posició d'infractor, de víctima o de subjecte actiu.

1. Menor infractor:

- El regula l'art. 2.5.c LOPJM.
- Si el menor, a més, està detingut, l'art. 520.4 LECrim.
- Reinterpretació de la figura del «segon fiscal», regulada per l'art. 17.2 LORPM a la llum de la nova legislació.

2. Menor víctima

- L'antecedent de la Sentència del Tribunal Suprem, Sala Penal, 699/2014.
- El regula l'art. 26.2 de la Llei de l'Estatut jurídic de la víctima penal.

3. Menor subjecte actiu

– El regula l'art. 10.2.e LOPJM.

– Planteja diferents supòsits problemàtics en què és indispensable coordinar l'actuació del defensor judicial entre la jurisdicció de majors i la de menors. El defensor judicial ha de ser únic en les dues jurisdiccions.

13è) Respecte de la problemàtica que deriva de la responsabilitat civil *ex delicto* en cas de doble enjudiciament, després d'analitzar totes les circumstàncies esmentades i prenent en consideració el paper que la llei atorga al Ministeri Fiscal en l'àmbit de la jurisdicció de menors, cal destacar la rellevància del paper del Ministeri Fiscal per a la coordinació i l'execució de les bones pràctiques o les reformes que proposem en aquest àmbit. Al costat d'això, i tal com reflexionàvem, podem fer les consideracions següents a tall de conclusions:

A) El Ministeri Fiscal hauria de liderar i coordinar una sèrie de bones pràctiques per evitar que es produeixin disfuncions a l'hora d'exercitar l'acció civil, determinar-ne l'import, garantir-la i procedir a l'execució corresponent a aquells procediments que hagin estat conseqüència de la comissió d'un fet de forma conjunta per majors i menors d'edat.

B) Convindria establir les modificacions legislatives i de procediment necessàries per tal d'evitar aquestes disfuncions, i dotar de vies perquè la responsabilitat civil es pugui determinar conjuntament i que hi hagi una comunicació perfecta entre els òrgans i els procediments que portin causes amb participació conjunta de majors i menors d'edat.

C) És imprescindible que els mateixos perits facin les pericials que tinguin el mateix objecte en els procediments que se segueixin per fets comesos per menors i majors d'edat, per tal que no siguin contradictòries i que una mateixa pericial pugui ser utilitzada en ambdós procediments.

D) Si s'està determinant la responsabilitat civil en el procediment de menors o en el d'adults, s'ha de facilitar la comunicació de totes les circumstàncies referents a aquests procediments al lletrat dels adults en el procés de menors, i viceversa.

I) Fora convenient d'establir eines informàtiques de comunicació dels pagaments que es fan en els comptes dels òrgans judicials corresponents a procediments que estan vinculats per circumstàncies com ara la comissió conjunta per menors i majors d'edat.

F) Caldria establir vies de comunicació immediata entre els òrgans que porten procediments penals que són conseqüència de la comissió conjunta de menors i majors d'edat, per tenir coneixement de qualsevol circumstància d'aquests procediments, no només la sentència, sinó qualsevol resolució prèvia i d'execució (per exemple, la renúncia a la responsabilitat civil determinada).

14è) Quant a les relacions entre els jutjats de vigilància penitenciària i els jutjats de menors, després d'examinar la possibilitat de compliment de mesura d'internament en règim tancat imposada a un menor un cop arriba als 18 anys, d'acord amb el règim que estableix l'art. 14 LORPM, en un centre penitenciari d'acord amb la LOGP, es conclou la competència del jutjat de menors com a òrgan sentenciador per conèixer els recursos d'apel·lació interposats contra les resolucions del jutjat de vigilància penitenciària en matèria de classificació de grau.

15è) En el mateix sentit, es conclou la competència del jutjat de menors per ordenar la crida i cerca del menor (ja major d'edat) que estigui complint en un centre penitenciari d'acord amb l'art. 14 LORPM i s'hagi fugat d'aquest centre.

16è) S'analitza el fenomen de la violència de gènere comesa per menors d'edat, i es conclou que és possible que la cometin menors subjectes a la LORPM, tot i que hi ha controvèrsia sobre si hi concorren plenament els requisits que en algun cas exigeixen els tipus penals.

17è) S'analitza breument el conflicte de competència eventual que podria haver-hi entre els jutjats de violència sobre la dona i els jutjats de menors atès que l'atribució de competència a aquells per al coneixement dels delictes comesos en aquests supòsits es fa sense distinció d'edat del subjecte actiu, i es manté la competència del jutjat de menors per aquests casos per tal de salvaguardar la coherència del sistema majors/menors d'edat.

18è) S'analitza la possibilitat d'aplicar als menors d'edat subjectes a la LORPM l'ordre integral de protecció que l'art. 544 ter LECrim estableix per a víctimes de violència sobre la dona. Doctrinalment, és molt discutit que sigui aplicable, si bé s'observa que s'han produït casos en què sí que ha estat aplicada, i això en ordre a la protecció de drets de la víctima i fins i tot en consideració de l'interès superior del menor.