

TRATAMIENTO POLICIAL DE LOS MENORES DE EDAD PENAL
COMENTARIOS PRÁCTICOS DE LA LO 5/2000

Alberto Manuel López López
Fiscal de la Audiencia Provincial de Jaén
Doctor en Derecho

SUMARIO:

I.- ORÍGENES DEL DERECHO DE MENORES.

II.- PRESUPUESTOS DEL CAMBIO DE ORIENTACIÓN.

III.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MENORES.

IV.- LA DETENCIÓN GUBERNATIVA DE LOS MENORES DELINCUENTES EN LA LO 5/2000.

V.- OTRAS ESPECIALIDADES EN LA ACTUACIÓN POLICIAL.

I.- ORÍGENES DEL DERECHO DE MENORES.

La historia del Derecho Penal coincide con la historia de la humanidad – recuérdese a Caín y Abel, que protagonizaron el primer juicio criminal y la primera condena penal-. En cambio, la necesidad de un Derecho especial para Menores no la hemos sentido hasta hace bien poco tiempo.

El Derecho de Menores delincuentes nace a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con los profundos cambios sociales que provoca en la familia tradicional los imperativos de la revolución industrial. El abandono del mundo rural, el hacinamiento de grandes masas de población en los suburbios de las ciudades, la salida de la madre del hogar familiar -para trabajar hasta catorce horas diarias, en condiciones infrahumanas a cambio de sueldos de miseria-, son los caldos de cultivo de la delincuencia juvenil, que, según las nuevas tendencias científicas aparecidas en esos años, tiene su origen inmediato en las precarias circunstancias de vida que les tocó vivir a estos menores delincuentes.

El llamado positivismo jurídico parte de la negación del libre albedrío, sobre el que sus antecesores justificaban el castigo, la pena. Para sus seguidores, el hombre nunca es completamente libre, pues no elige libremente el sentido de sus actos, que están determinados por factores biológicos, psicológicos o sociales que le empujan a comportarse de una manera concreta y no de otra. Este determinismo del ser humano se nos muestra mucho más vivamente en el caso de la delincuencia adolescente.

El menor de edad es un imitador de comportamientos ajenos, que aprende y repite lo que ve en su entorno cercano. Siendo un dato constatable estadísticamente que la mayor parte de los menores delincuentes comparten la pertenencia a familias desestructuradas, en las que no existen patrones vitales de referencia; el absentismo escolar; la ausencia de expectativas de futuro; la baja calidad de vida, etc. Este cóctel de concausas, con las que diariamente convive el adolescente, son las que lo empujan inexorablemente hacia la marginalidad y la delincuencia¹. Para el

¹ <<(…) algunos crecen en un ambiente donde no existe motivación, ni habilidades –dibujos de niños de entornos ricos a los 5 años ofrecen una variedad de posibilidades muy superiores que los de ambientes empobrecidos-, ni condiciones materiales para un mínimo aprovechamiento o rendimiento. Por ello, no es de extrañar que la escuela les aporte frustración en vez de cultivo de autoestima y modelos de vida a seguir. A partir de aquí, el espacio principal de socialización es la calle, la televisión y el mundo de los iguales, espacios en los que la violencia y la trasgresión están presentes de forma continua. Sobre todo la calle, un espacio convertido en escaparate multicolor y continua oferta de estímulos, inalcanzables los unos, abordables mediante el delito los otros. Ello en ausencia de referentes adultos, oferta de actividades alternativas, inexistencia de equipamientos de ocio y tiempo libre saludables, y bajo la presión de la gratificación inaplazable. Todo, aquí, ahora y ya. Y mientras... todo el día por tormento y sin un duro en el bolsillo. Súmase aquí al fracaso familiar (ausencia de seguridades y límites) y al escolar (autoimagen negativa), las dificultades de inserción laboral y la escasa cualificación obtenida, con la consecuencia de la escasa capacidad dineraria, básica para sobrevivir en un modelo de sociedad de consumo>>. RIOS MARTÍN, JULIÁN y SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS: <<La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores: Cambio de paradigma: del niño en *peligro* al niño *peligroso*>>. Ponencia presentada en el Curso sobre la nueva Ley Penal Juvenil organizado por la Fiscalía General del Estado. Pág. 8.

pensamiento positivista, este es el enemigo que debe ser combatido. Los poderes públicos han de luchar contra la enfermedad –la marginalidad y la pobreza- y no esforzarse inútilmente en el tratamiento aislado de sus síntomas –el delito-. La justicia de menores, más aún que cualquier otra, ha de atender a la prevención, a través de la reeducación o resocialización del delincuente, antes que exclusivamente a su castigo penal.

Según esto, la extensión de las medidas educativas aplicadas al menor infractor de la ley penal no tienen por qué ser proporcionadas a la gravedad del delito cometido y la culpabilidad del sujeto, porque, persiguiendo la curación de un enfermo, durarán el tiempo –poco o mucho- en que éste tarde en sanar². Además, como las medidas no persiguen castigar, sino socializar y reeducar, el procedimiento en que se acuerdan no necesita de las mismas garantías que el proceso penal común, ni tenemos porque esperar a la comisión de un hecho típico, actuando a prevención sobre los estados peligrosos, en los que se hallan los menores vagos, vagabundos, licenciosos o prostituidos.

Estos principios penales del positivismo jurídico, -y sus variantes, como el llamado correccionalismo alemán-, inspiraron las primeras leyes de menores del continente europeo (Suecia, 1902; Portugal, 1911; Francia y Bélgica, 1912; Alemania, 1923), en las que, a su vez, se inspiró, la ley española, denominada “Ley de Bases sobre organización y atribuciones de los tribunales para niños”, del año 1918, elaborada a iniciativa de Avelino Montero Ríos y Gabriel María Ibarra³, que, con las ligeras variantes introducidas en ella por las reformas de 1925 y 1948, ha venido rigiendo los destinos de la Justicia de Menores española, hasta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, declaró inconstitucional parte de su articulado, precipitando la promulgación de la LO 4/1992, de 5 de junio, ahora derogada por la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en la que cabe vislumbrar un cierto alejamiento de los postulados positivistas sobre los que tradicionalmente se ha venido apoyando la Justicia juvenil en España⁴.

² Alguna de estas ideas tienen reflejo en la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, que, por ejemplo, dice cosas como esta: <<Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma (...)>>.

³ Sin menospreciar ni desconocer otras instituciones de nuestro Derecho histórico como el llamado “Padre de los huérfanos”, de Valencia en el año 1337, la institución de Fray Toribio de Velasco en Sevilla (año 1724), o la escuela de Reforma “Toribio Durán” de Barcelona (año 1890).

⁴ Presionaban al derecho patrio las normas aprobadas el 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, denominadas Reglas de Beijing, que, por ejemplo, en su número 7, decía:

<<7. *Derechos de los menores.*- 7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no

II.- PRESUPUESTOS DEL CAMBIO DE ORIENTACIÓN.

La superación de las desigualdades e injusticias de las sociedades industriales, la mejora generalizada del nivel de vida, y el aumento geométrico de los gastos sociales, no de han servido para reducir los índices de delincuencia juvenil, que sorprendentemente, a partir los años 70, se ha incrementado hasta alcanzar límites preocupantes.

Por desgracia, los métodos de diagnóstico y reeducación del positivismo se han demostrado ineficaces para reducir la delincuencia de los menores por lo que, desde hace años, son cada vez más las voces que reclaman un cambio de orientación en la política criminal juvenil, para <<dejar de comprender y empezar a castigar>>.

Este nuevo rumbo de la Justicia de menores ya se empezó a entrever en la reforma de 1992, afianzándose en la nueva LO 5/2000.

Ambas leyes, ya no parten de la inimputabilidad penal de los menores, sino que los declaran criminalmente responsables de sus actos, extienden al procedimiento de menores las garantías básicas de todo proceso penal y transforman las medidas educativas en verdaderas penas o sanciones. Es decir, el nuevo proceso penal de menores ya no es sólo preventivo sino también represivo, pues lo primordial en él no es únicamente lograr la reeducación o resocialización del menor delincuente, sino también proteger a la sociedad de las conductas desviadas.

Sin embargo, la evolución del Derecho Penal de Menores se ha visto cortada por la convergencia de sentimientos beligerantes. Cuando en los medios de comunicación aparecen imágenes de niños, incluso de muy corta edad, maltratados físicamente por quienes debían de atender a sus necesidades básicas y procurarles la atención y cariño que necesitan, o aparecen cifras escalofriantes sobre el sufrimiento de la infancia en situaciones de guerra, hambre o explotación, todos nos sentimos íntimamente conmovidos y reclamamos medidas urgentes y contundentes para proteger al niño, para asegurarle el derecho fundamental a una infancia sana y feliz.

Pero este sentimiento benefactor se tiñe de iracunda severidad cuando es el niño quien infringe la Ley. Entonces, la opinión pública, estupefacta ante una criminalidad que no entiende, se siente indefensa, y presa de un miedo irracional que reclama a gritos mano dura.

Así las cosas, Policías, Jueces y Fiscales nos enfrentamos a la justicia de menores con una cierta confusión de conceptos y actitudes, pues la verdad es que, en ocasiones, cuesta saber lo que se espera de nosotros. Unas veces nos piden la pasividad ante el delincuente menor, mediante <<la desjudicialización>> de las

responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencias de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior>>.

conductas⁵, y otras nos reclaman el endurecimiento de las penas o la solución de problemas no delictuales, como el absentismo escolar, a través de la Justicia Penal⁶.

III.- AMBITO DE APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE MENORES.

Por su naturaleza el Derecho Penal de Menores se diferencia muy poco del Derecho Penal común, con el que comparte todos los tipos delictivos de su parte especial. Las diferencias entre estas dos ramas del Derecho –si se pueden considerar independientemente la una de la otra- las hallamos en el procedimiento y en las consecuencias penológicas que se imponen a los delincuentes menores de edad penal.

La sujeción de un determinado supuesto de hecho al Derecho penal común o al especial de menores dependerá, entonces, exclusivamente de las normas que disciplinan la menor o mayor edad del sujeto objeto del reproche penal. Materia que ha evolucionado de una manera peculiar.

Las teorías tradicionales consideraban que el criterio diferenciador entre la imputabilidad y la inimputabilidad penal no debería ser la edad del sujeto, sino su capacidad de discernimiento, considerada como la capacidad de conocer y querer. Quien pudiera conocer el sentido de sus actos y aceptar los resultados posibles de los mismos era considerado jurídicamente capaz y, por tanto, castigado conforme a lo dispuesto en el Código Penal común. Pero, sucede que la mayor parte de los menores que cometen un hecho delictivo tienen esta capacidad de conocer y querer, por lo que aplicando el criterio del discernimiento, en la práctica, la edad penal se rebajaba hasta límites inaceptables⁷.

⁵ FUNES ARTIAGA, JAIME: <<La reinserción social de los menores infractores>>. En Encuentros sobre servicios sociales y reinserción social de delincuentes y jóvenes inadaptados>>. Sevilla, 21, 22 y 23 de noviembre de 1990. Pág. 169.

MARTÍN OSTOS, JOSÉ: <<Aspectos procesales de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores>>. En Menores privados de libertad. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Pág. 187. Este autor, catedrático de Derecho Procesal, formula la siguiente propuesta de futuro: <<Pensamos que la sanidad del menor, tanto del Código Penal como de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (aunque estos textos conserven su carácter supletorio), debe ser, desde la perspectiva de la civilización y de nuestra historia, algo irreversible>>.

⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: Informe especial al Parlamento. <<El absentismo escolar. Un problema educativo y social>>. Diciembre 1998. Pág. 223.

⁷ El artículo 23 del Código Penal de 1822 señalaba que no podía ser considerado como delincuente ni culpable <<el menor de siete años cumplidos>>.

Para los mayores de esa edad, pero menores de diecisiete, el mismo precepto arbitraba una suerte de anticipado juicio de imputabilidad, de tal manera que <<se examinará y declarará previamente en el juicio si ha obrado o no con discernimiento y malicia, según lo que resulte y lo más o menos desarrolladas que estén sus facultades intelectuales>>. La decisión adoptada determinaba la imposición de una medida de corrección de naturaleza familiar o del internamiento por el tiempo que se creyera conveniente, <<con tal de que nunca pase de la época que cumpla los veinte años de edad>>.

El Código Penal de 1848, en su artículo 8.2, reputaba exento de responsabilidad criminal al menor de nueve años, respecto del que se presumía, con carácter *iuris et de iure*, la inimputabilidad. El mayor de nueve años y menor de quince también podía ser considerado inimputable siempre que actuara con ausencia de

Por ello, las concepciones más modernas exigen, además del discernimiento o capacidad para comprender y querer el injusto típico, la capacidad de autodeterminación, esto es, la capacidad del delincuente para ajustar sus actos a las necesidades que le imponen las reglas de conducta generalmente aceptadas.

Según estas últimas tendencias, lo verdaderamente trascendente no sería la edad del sujeto, ni su grado de discernimiento, sino su capacidad de comprender lo ilícito de su acción y de haberla podido evitar, algo tan engorroso y difícil de probar como todos los elementos subjetivos del injusto. Así que las legislaciones de todo el mundo han optado por una opción menos técnica, -que como todas las generalizaciones puede ocasionar injusticias en el caso concreto- pero mucho más práctica, como es fijar una edad exacta que determine el momento temporal en que una persona es considerada mayor de edad penal.

Este es el sistema que, desde el Código Penal de 1928, rige en España, ya que, como todos sabemos, el artículo 19 del Código Penal de 1995 señala que <<Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor>>.

Este artículo introduce en nuestro sistema penal dos importantes novedades:

-Primera, eleva la edad penal a los 18 años de edad, haciéndola coincidir con lo dispuesto en la Constitución⁸, el Código Civil⁹ y los Textos Internacionales ratificados por España¹⁰.

-Y segunda, suprime la tradicional inimputabilidad penal del menor delincuente, que ahora, en cambio, es considerado criminalmente responsable de sus actos, si bien se remite a la Legislación especial de menores delincuentes para exigirles dicha responsabilidad penal¹¹.

discernimiento. A tal fin, el Tribunal debía hacer <<declaración expresa sobre este punto para imponerle pena, o declararlo irresponsable>>.

Los Códigos Penales de 1850 y 1870 siguieron estos mismos criterios temporales sobre la minoría de edad penal.

La edad de 16 años que, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2000, ha estado vigente en España como límite de la irresponsabilidad penal se introdujo en el Código Penal de 1928.

⁸ Artículo 12: <<Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años>>.

⁹ Artículo 315: <<La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos>>.

¹⁰ Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990 (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990), dice en su artículo 1º que <<Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...>>.

O las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de Libertad, denominadas “Reglas de la Habana”, de 1990. Consideran menor a <<toda persona menor de 18 años>> (art. 11.a).

¹¹ <<La naturaleza penal de la ley 5/2000 surge de la rúbrica de la propia ley que exige al menor responsabilidad penal por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas (art. 1). Esta exigencia de responsabilidad penal supone de hecho y, obviamente de derecho, que la edad penal práctica se rebaja a los 14 años, ampliando la capacidad penal en contradicción incomprensible con las disposiciones del Código penal de 1995 que restringe esa capacidad al “elevar la edad penal a los 18 años”. A partir de los 14 años de considera al niño responsable penal y, por tanto, sujeto de reproche punitivo. Evidentemente la doctrina deberá, o bien

Esta legislación penal especial es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que significativamente se ha denominado a sí misma, “reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, y que, ya su artículo 1º¹², nos enseña que, a efectos de la responsabilidad penal de los menores, existen tres distintos regímenes jurídicos:

-el de los menores de 14 años, que son penalmente inimputables¹³.

-el de los mayores de 14 años y menores de 18 años, a los que se aplicará las disposiciones de la LO 5/2000.

-y los mayores de 18 años, que se regirán por las normas penales y procesales comunes.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3 LO 5/2000, estas edades <<se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores>>.

Está fuera de toda duda, pues, que lo verdaderamente determinante de la competencia (Juez de Instrucción o Juez de Menores) y el procedimiento aplicable (LECrím o LO 5/2000) será la edad del sujeto en el momento de realización del hecho típico, sin que el transcurso del tiempo tenga trascendencia alguna sobre aquellas, que no se verán modificadas con posterioridad, lo que, en mi modesta opinión, constituye uno de los grandes defectos de la LO 5/2000.

El procedimiento y las medidas de la LO 5/2000 sólo tienen sentido si se aplican a un menor de edad y téngase en cuenta que, por aplicación de las reglas (arts. 132, 134 y 135 Código Penal) y plazos de la prescripción (art. 10 LO 5/2000), no será extraño el enjuiciamiento y condena de mayores de 18 años por la Juzgados de Menores, lo que planteará evidentes problemas procesales y de ejecución (cumplimiento de medidas en centros de menores por mayores de edad) muy difíciles de solventar con los recursos legales disponibles.

admitir que a partir de los 14 años el menor tiene capacidad de autodeterminación susceptible de ser inculcado si comete determinadas conductas, o bien desvincular el elemento imputabilidad del concepto dogmático de delito. Lo contrario supone la falacia de elevar la edad penal nominal a los 18 años, ex art. 19 CP, pero rebajar el listón de la aplicabilidad del sistema penal –aunque sea en versión <<light>>- a los 14>>. RIOS MARTÍN, JULIÁN y SEGOVIA BERNABÉ, JOSÉ LUIS: <<La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores... >>. Cit. Págs. 10 y 11.

¹² Que es del siguiente tenor:

<<Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes especiales>>.

¹³ Según el artículo 3 LO 5/2000:

<<Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos siguientes sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero>>.

No obstante, la inalterabilidad temporal de las normas aplicables al menor delincente tiene una excepción. Al detenido mayor de 18 años, por hechos cometidos cuando aún no había cumplido esta edad, no se le aplicará el artículo 17 LO 5/2000, sino los artículos 520 y siguientes de la LECrim, por las siguientes razones:

-El mismo artículo 17 LO 5/2000 excluye su aplicación a los mayores de 18 años, pues significativamente se titula de la <<detención de los menores>>, y según dispone el artículo 1.4 LO 5/2000 <Al efecto de designar a las personas a quienes se aplica esta Ley, en el articulado de la misma se utiliza el término menores para referirse a las que no han cumplido dieciocho años (...)>>.

-En ocasiones, el momento de comisión del hecho típico puede plantear serias dificultades de concreción, como ocurre, por ejemplo con los delitos continuados, definidos en el art. 74 CP, los permanentes, cuya comisión se dilata en el tiempo (como la detención ilegal, la tenencia ilícita de armas, etc.) o aquellos otros en los que el resultado de la acción se retrasa hasta que el sujeto rebasa el límite de los 18 años. Es decir, la acción se realiza con menos de 18 años y el resultado se produce cuando ya se han cumplido.

-Y, finalmente, el mayor de edad tiene plena capacidad de obrar¹⁴. La mayoría de edad extingue la patria potestad (art. 169.2 Código Civil) o, en su caso, la tutela (art. 276.4 Código Civil),y, por tanto, la notificación inmediata del hecho de la detención a unos inexistentes representantes legales (art. 17.1 LO 5/2000) o la presencia física de los que, en su día, ejercieron sobre el detenido mayor de edad la patria potestad, tutela o guarda (art. 17.2 LO 5/2000) carecen de toda virtualidad y sentido, y no deben exigirse, por mucho que los hechos por los que ha sido detenido se cometieran cuando era menor de edad.

Como acabo de decir, en estos casos, no tan excepcionales, las autoridades o funcionarios actuantes aplicarán al detenido mayor de 18 años las normas procedimentales adecuadas a su edad, esto es, las generales de la LECrim, sin perjuicio de que, con posterioridad, la exigencia de responsabilidad criminal por los Tribunales de Justicia se ajuste a lo previsto en la LO 5/2000.

El apartado dedicado a la edad del imputado en el procedimiento contra los menores delincentes no puede acabar sin referirnos, aunque sea de forma necesariamente somera, a dos cuestiones fundamentales: las diferencias procedimentales existentes entre los menores de 14 a 16 años y los de 16 a 18 años, y el régimen jurídico aplicable a los mayores de 18 años y menores de 21, a los que la LO 5/2000 denomina jóvenes en su artículo 1.4.

1º.- La LO 5/2000 otorga un trato mucho más favorable a los menores de 16 años que a los que superaron esa edad en la fecha de comisión del delito.

Llegamos a esta conclusión considerando que el perjudicado por el delito sólo puede personarse en el expediente de menores si el autor tiene 16 años cumplidos y

¹⁴ Artículo 321 Código Civil: <<El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil ...>>.

que las medidas a imponer a los menores de 16 años tienen una duración mucho más exigua que la marcada para los mayores de esta edad.

a) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 LO 5/2000, el perjudicado por el delito sólo podrá personarse en el expediente de Menores, mediante Abogado y Procurador, cuando se cumplan necesariamente dos condiciones:

-Primera: Que, subjetivamente, los hechos tipificados como delito se atribuyan a personas que hayan cumplido los dieciséis años en el momento de su comisión.

-Segunda: Que, objetivamente, nos hallemos ante delitos cometidos mediante violencia o intimidación, o con grave riesgo para la vida o integridad física de las personas.

Si no concurre alguno de estos dos presupuestos, esto es, si el imputado tiene menos de 16 años, o, siendo mayor, en la comisión del delito no empleó violencia o intimidación, o no entrañó grave riesgo para la vida o integridad de las personas, el perjudicado tiene prohibido la personación en el procedimiento de menores. Que, salvo en lo que se refiere a la responsabilidad civil, se desarrollará sin su participación ni conocimiento.

b) Pasemos ahora a comprobar la duración de las medidas, que se fija, con carácter general, en el artículo 9 de la LO 5/2000, y para determinada clase de delitos, en la Disposición Adicional Cuarta, que le fue añadida por la LO 7/2000, de 22 de diciembre.

-Menores de 16 años.

El plazo máximo de las medidas a imponer a los menores de 16 años es de dos años (art. 9. 3ª LO 5/2000), salvo que se les haya declarado responsables de un delito de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresión sexual (arts. 179 y 180 CP), terrorismo (arts. 571 a 580 CP) o cualesquiera otro sancionado en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, en cuyo caso <<el Juez impondrá una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cuatro años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de tres años (...)>> (Disposición Adicional 4ª, 2 c) LO 5/2000).

-Mayores de 16 años.

Con carácter general, la duración de las medidas a imponer a los mayores de 16 años tampoco podrá exceder de dos años, pero para ellos existen muchas más excepciones.

Si nos encontramos ante un delito cometido con violencia o intimidación en las personas o con grave riesgo para la vida o integridad física de las mismas, y el Equipo Técnico de Menores aconseja la prolongación de la medida, ésta podrá alcanzar un máximo de cinco años (art. 9.4ª LO 5/2000).

En los supuestos de extrema gravedad, apreciada así en la sentencia y sin necesidad de informe favorable del Equipo Técnico, el Juez habrá de imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años, complementada sucesivamente por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años (art. 9.5ª LO 5/2000).

Finalmente, si el mayor de 16 años es declarado responsable de un delito de homicidio (art. 138 CP), asesinato (art. 139 CP), agresión sexual (arts. 179 y 180 CP), terrorismo (arts. 571 a 580 CP) o cualesquiera otro sancionado en el Código Penal con pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez le impondrá <<una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años, complementada, en su caso, por otra medida de libertad vigilada, hasta un máximo de cinco años (...)>> (Disposición Adicional 4ª, 2 c) LO 5/2000).

La diferencia de trato entre un tramo y otro de edad es ostensible, sobre todo si los anteriores límites temporales se ponen en relación con el párrafo segundo del artículo 15 LO 5/2000, que permite al Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, ordenar el cumplimiento en centro penitenciario de la medida de internamiento en centro cerrado que reste por cumplir al penado mayor de veintitrés años de edad.

2º.- Por mandato del Código Penal de 1995 (artículo 69¹⁵), la LO 5/2000 prevé la posibilidad de extender la aplicación de sus normas a los delincuentes mayores de 18 años y menores de 21, siempre, claro está, que concurren los requisitos previstos en su artículo 4 y así lo decida el Juez de Instrucción competente.

Pero, a los efectos de la actuación policial que es lo que a nosotros en este momento nos interesa, esta exclusión del sistema general de persecución penal carece de interés, y no sólo porque su entrada en vigor haya quedado suspendida durante dos años por la Disposición Transitoria Única de la LO 7/2000, sino también porque como la aplicación de la legislación especial contra los menores delincuentes a un mayor de 18 años deberá ser valorada y acordada por el Juez de Instrucción competente *a posteriori*, tal decisión no afectará para nada a lo previamente actuado de conformidad con la legislación aplicable hasta ese momento, es decir, la LECrim.

Dicho de otro modo, sólo el límite de los 18 años afecta al modo de la actuación policial, pues, acreditándose en el momento de su intervención que el presunto autor de los hechos es mayor de 18 años la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre continuarán sus actuaciones de conformidad con las normas comunes, mientras que, si es menor de esta edad, deberán atenerse a lo dispuesto en la LO 5/2000, cuyas especialidades pasamos a comentar seguidamente.

IV.- LA DETENCIÓN GUBERNATIVA DE LOS MENORES DELINCIENTES EN LA LO 5/2000.

La detención gubernativa de los menores de 18 años, cuando se les suponga autores de un delito, se rige por las normas generales de la LECrim. (artículos 520 y ss.) con las siguientes particularidades:

¹⁵ Art. 69 CP: <<Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga>>.

PRIMERA.- La policía deberá <<notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal>> (art. 17.1 LO 5/2000)¹⁶.

Además, si el menor detenido fuera extranjero y tuviera su residencia habitual fuera de España o lo solicitara así el propio menor o sus representantes legales, también se notificará el hecho de la detención a las correspondientes Autoridades consulares (art. 17.1).

Esta notificación inmediata al Ministerio Fiscal del hecho de la detención de un menor de edad penal y sus motivos, es la mayor diferencia que podemos encontrar entre las normas de la LO 5/2000 y la LECrim. Veamos por qué.

En la LECrim, el control jurisdiccional de la legalidad o procedencia de las detenciones gubernativas se realiza a posteriori, esto es, en el momento en que el atestado o el detenido llegan a manos de Juez de Instrucción competente. De acuerdo con nuestro Derecho procesal común, la Policía no tiene obligación de notificar inmediatamente al Juez de instrucción las detenciones de los mayores de edad penal que practica.

Los agentes de Policía, ajustándose a lo dispuesto en el art. 492 LECrim, tienen la obligación de detener a quien se suponga autor de un delito, y, tras redactar el oportuno atestado, atendiendo a la gravedad de los hechos (art. 493 LECrim) libremente deciden, dentro del plazo de las 72 horas (art. 17.2 CE y 520.1 LECrim), la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial.

Por el contrario la LO 5/2000 quiere que todas las detenciones policiales de un menor de edad implicado en la comisión de un hecho delictivo sean validadas jurídicamente de inmediato por el Ministerio Fiscal, al que, no olvidemos, el art. 6, le atribuye <<la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes>>, y el primero de estos derechos es no soportar una privación de libertad jurídicamente improcedente.

La Policía, evidentemente, conoce la gravedad y naturaleza del delito imputado, pero no las consecuencias jurídicas del mismo, que dependerán, en gran medida, de que el Fiscal, atendiendo a la naturaleza y gravedad de los hechos y a las circunstancias personales y sociales del menor, decida unilateralmente la continuación del proceso o el desistimiento.

Las enormes facultades de disposición concedidas al Ministerio Fiscal en la LO 5/2000 tiene una desagradable contrapartida¹⁷: sólo el Fiscal puede valorar la

¹⁶ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) <<10. Primer contacto.- 10.1. Cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o a su tutor, y cuando no sea posible dicha notificación inmediata, se notificará a los padres o al tutor en el plazo más breve posible>>.

¹⁷ Desagradable, porque obliga a que haya un Fiscal de guardia de menores, 24 horas al día y 365 días al año, lo que entre los componentes de las Fiscalías de menores está originando un creciente descontento.

Para paliar en lo posible esta situación, se están adoptando las más diversas soluciones, ninguna de ellas plenamente satisfactoria, pues todas, en mayor o menor grado, violentan la naturaleza y sentido de la jurisdicción de menores. Veamos algunas de ellas:

procedencia de la detención de un menor de edad en cada caso, de manera que la notificación <<inmediata>> al Fiscal del art. 17.1, normalmente verbal y telefónica, no puede quedarse en un acto meramente formal y ritual por el que la Policía cumple con la obligación legal de comunicar a la Fiscalía la existencia de un hecho concreto, esto es, la privación de libertad de un menor de edad, sino que nos hallamos ante la primera barrera que la LO 5/2000 opone a la práctica de una detención injustificada o simplemente improcedente, para lo cual es imprescindible que el comunicante ofrezca al Fiscal los datos que permitan conocer y valorar la pertinencia de la medida acordada, porque, el Fiscal, en ese mismo momento debe acordar la inmediata libertad del detenido, con remisión del atestado policial a Fiscalía, o su conducción a las dependencias de la Fiscalía, una vez concluyan las actuaciones policiales y, en todo caso, dentro de las 24 horas de la detención.

El Fiscal no se puede limitar a acusar recibo de la detención, porque si considera que, a la vista de la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del menor, lo procedente es la inmediata puesta en libertad, lo debe ordenar así al comunicante, sin esperar a que el detenido sea puesto a su disposición. Apoyan esta postura numerosos argumentos, algunos de los cuales que paso a exponer:

a) La Constitución¹⁸ y sus normas de desarrollo¹⁹ reconocieron la dependencia funcional de la Policía Judicial con respecto al Ministerio Fiscal en la averiguación e investigación de los delitos, dependencia que se ha visto reforzada en la nueva LO 5/2000, que, en su artículo 6, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección personal de <<la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial

-La guardia de menores debe ser atendida por los funcionarios de Fiscalía, que tendrán la misión de filtrar las llamadas de la Policía, para que el Fiscal sólo sea molestado en los casos extraordinariamente graves.

-Se comunica a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, salvo casos de extraordinaria gravedad, eviten ponerse en contacto con la Fiscalía fuera de las horas de oficina.

-El teléfono de la guardia de menores es el fax de la Fiscalía, al que la Policía remite noticia de las detenciones, que luego serán revisadas por el Fiscal al acudir a su lugar de trabajo.

-y, finalmente, la que tiene más seguidores, consiste en que la guardia de la Fiscalía de menores se reparte entre todos los componentes de la plantilla, con lo que la especialidad en la función, exigida por la Disposición final cuarta LO 5/2000, desaparece.

¹⁸ Art. 126: <<la Policía Judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente en los términos que la Ley establece>>.

¹⁹ La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 446 que <<en las funciones de investigación penal, la Policía Judicial, actuará bajo la dirección de los Juzgados y Tribunales y del Ministerio Fiscal>>, y el artículo 20 del Real Decreto 769/87, sobre Policía Judicial, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de <<las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial>>.

Por cierto que, para el cumplimiento de este mandato la Instrucción de la Fiscalía General del Estado número 3/88 ordena a los Fiscales que:

1º.- Los Fiscales Jefes de las Audiencias respectivas, despachen, al menos semanalmente, con los Jefes de las Unidades Orgánicas Provinciales de Policía Judicial, tanto del Cuerpo Nacional de Policía, como de la Guardia Civil, aquellos asuntos que deba conocer el Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del citado Real Decreto.

2º.- El Ministerio Fiscal asuma la dirección de las investigaciones correspondientes en los supuestos que sean necesarios.

practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquellos y de la participación del menor en los mismos (...)>>.

Por lo que, en palabras de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/89, sobre el Procedimiento Abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/88, de 28 de diciembre, <<Consecuencia de esa dirección es que en realidad toda la fase de investigación pre-procesal está dominada por el Fiscal, bien a través de su propia iniciativa investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial. Por lo mismo, y al margen de las iniciativas de cada Fiscal, éstos deben utilizar las facultades que el nuevo artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 20 del Real Decreto citado les atribuyen, para promover, coordinar, dirigir y, en cierto modo, controlar jurídicamente (para que los derechos de los ciudadanos y los principios legales de toda investigación sean cumplidos) la investigación policial de los delitos que puedan constituir el objeto procesal de un proceso abreviado>>²⁰.

b) El procedimiento contra menores delincuentes tiene, como dice la Exposición de Motivos de la LO 5/2000, <<naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa (...) rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor (...). Y es que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor>>.

Como hemos dicho antes, la LO 5/2000 atribuye al Ministerio Fiscal, además de la dirección personal de la investigación de los hechos delictivos que se imputen a menores de edad penal, <<la defensa de los derechos de los menores reconocidos en las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés>>.

Es obvio que, sean mayores o menores de edad penal, la detención de los presuntos culpables es imprescindible para la investigación de los delitos que se les imputan, pero en caso de menores de edad penal, sobre la represión penal de la delincuencia prevalece el inefable interés individual del menor, que debe de ser valorado, caso por caso y desde el primer momento, por la autoridad que tiene atribuida la potestad de decidir la entidad exacta del reproche penal que merece el sujeto en cuestión, para lo que atenderá, desde luego, a la gravedad del delito cometido, pero también y principalmente a las circunstancias sociales, familiares y personales del presunto autor de los hechos.

En otros países, como el Reino Unido, la autoridad a que me refiero es la Policía, que atendiendo a las particulares circunstancias del caso y del autor puede archivar las actuaciones con una amonestación u ordenar la continuación del procedimiento, pero en España es el Ministerio Fiscal quien tiene atribuidas grandes facultades de disposición del procedimiento (art. 18 y 19 LO 5/2000, por ejemplo), y

resulta lógico que, si el Fiscal, por la naturaleza de la infracción y las circunstancias personales del autor, considera probable un ulterior desistimiento, se proceda a la inmediata libertad del detenido sin esperar a que sea trasladado a la Fiscalía desde las dependencias policiales.

c) En el art. 3 b) de la LO 6/1984 se concede al Ministerio Fiscal legitimación activa, junto al Defensor del Pueblo, para instar el hábeas corpus de las personas detenidas <<por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurran los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes>>.

Sería absurdo que el Fiscal tuviera que acudir a la vía del habeas corpus para conseguir la inmediata puesta en libertad de menor indebidamente detenido, cuando lo podía haber solicitado de la Policía casi en el momento mismo en que se practicó la detención.

d) Y finalmente, si al Fiscal se le reconoce la capacidad legal de ordenar a la Policía la detención de una persona, mucho más la habrá de tener para ordenar su inmediata puesta en libertad.

Ciertamente confunde, más que aclara, la nueva redacción que la Ley 12/2000, de 28 de diciembre, ha dado al artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, pues después de señalar que <<podrá ordenar el Fiscal la detención preventiva>>, amplía su abanico de facultades a ordenar <<la libertad de los detenidos puestos a su disposición>>, porque, si esta frase la ponemos en relación con el número 5 del artículo 17 de la LO 5/2000 (<<cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente (...)>>), podemos llegar a entender que el Fiscal puede ordenar la detención del libre, pero no ordenar la libertad del detenido hasta que la Policía lo haya trasladado físicamente a las dependencias de Fiscalía con el atestado correspondiente.

Así sucede en el derecho procesal común, se ha venido entendiendo hasta la LO 5/2000, y aun hoy, como acabamos de ver, no dejan de tener cierto apoyo jurídico quienes optan por conservar los antiguos comportamientos, pero, a mi modo de ver, sostener que el Fiscal carece de facultades legales para abortar la detención improcedente de un menor de edad hasta pasadas las primeras veinticuatro horas es ir en contra de los principios generales sobre los que se asienta la LO 5/2000, y convertir en una formalidad completamente inútil la comunicación inmediata de la detención que la Policía debe hacer al Ministerio Fiscal.

Quizá por ello, la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 ordena a los Fiscales que extremen <<la vigilancia y control de la regularidad de las detenciones interesando de la Policía, tan pronto se reciba la notificación prevista en el art. 17.1, la remisión de información puntual de los motivos y circunstancias que

²⁰ Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1989, pág. 425.

han llevado a la práctica de la detención e instando la libertad si no se estima suficientemente justificado el recurso a la privación de libertad>>²¹.

SEGUNDA.- <<Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor –de hecho o de derecho–, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario>>²².

<<En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente>> (art. 17.2).

La Ley habla en plural para referirse a <<aquellos que ejerzan la patria potestad>>, pero con la presencia de uno de los progenitores será suficiente, ajustándose la declaración del menor a las normas siguientes:

Debe comenzar con la información de modo que le sea comprensible de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten (art. 17.1 y 520 LECrim), que, como sabemos, son:

- a) Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar a alguna o alguna de las preguntas que se le formulen.
- b) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.
- c) Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias de declaración e intervenga en todo reconocimiento de que sea objeto.

El contenido de asistencia letrada al detenido se ajustará a lo dispuesto en el art. 520.6 LECrim²³, pues no modifica el régimen general lo dispuesto en el art. 22.1 b) LO 5/2000 (<<Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración>>) que sólo será de aplicación una vez abierto el expediente de menores, no en las diligencias de declaración anteriores al Decreto de apertura.

- d) Derecho a ser reconocido por el Médico forense.

TERCERA.- La detención, que se llevará a efecto en dependencias separadas de las que se utilicen para los mayores de edad (art. 17.3)²⁴, no podrá durar más del

²¹ No olvidemos que entre las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) encontramos la siguiente:

<<10.2. El juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor>>.

²² Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) <<7. *Derechos de los menores*.- En todas las etapas del proceso se respetarán las garantías procesales básicas tales como (...) el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores...>>.

²³ Véase, LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA: <<Organización Judicial Española>>. *Dykinson*. 2000. págs. 1261 y ss.

²⁴ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) <<13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos>>.

tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo de 24 horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal.

Si nos halláramos ante un delito de terrorismo, en cuyo caso la competencia es del Juez Central de Menores de la Audiencia Nacional, los plazos de detención serán los previstos en el art. 520 bis LECrim, es decir, 72 horas, prorrogables por otras 48 horas (art. 17.4).

Durante la detención los menores <<recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta su edad, sexo y características individuales>> (art. 17.3)²⁵.

V.- OTRAS ESPECIALIDADES EN LA ACTUACIÓN POLICIAL.

PRIMERA.- La tramitación del procedimiento de Habeas Corpus .

Un problema específico lo representan las solicitudes de Habeas Corpus de menores privados de libertad, que, contra lo que en principio pudiera pensarse, no son competencia del Juez de menores, sino, como ordena el art. 17.6 LO 5/2000, reproduciendo casi literalmente lo dispuesto en el art. 2 de la LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Hábeas, del <<Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad. Si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido>>.,.

El Habeas Corpus nos ofrece la paradoja de que, un cuerpo de funcionarios presidido por el principio de unidad orgánica y funcional como el Ministerio Fiscal (art. 21.1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal) puede estar representado activa y pasivamente dentro de un mismo procedimiento. Pues, en un lado estará el Fiscal de menores que, como vimos *supra*, validó jurídicamente u ordenó la detención practicada por la Policía y en el otro el Fiscal del Juzgado de Instrucción a quien haya correspondido conocer de la solicitud de Habeas Corpus. En estos casos, difícil será compaginar posiciones jurídicas tan contrapuestas con los principios de unidad y dependencia jerárquica que internamente gobiernan la actuación procesal del Ministerio Fiscal español.

Problemas como estos no debieron ser advertidos por el Legislador, que se contentó con señalar que <<cuando el procedimiento de hábeas corpus sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal>> (art. 17.6 LO 5/2000), sin perjuicio de

²⁵ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)<<13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados , protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta su edad, sexo y características individuales>>.

<<ponerlo en conocimiento del Juez de Instrucción competente>> (art. 5 LO 5/1985).

Afortunadamente no siempre sucederá como comentamos, porque también puede ser el propio Fiscal de Menores quien inste el Habeas Corpus ante el Juez de Instrucción competente, para salvaguardar al menor que, en su opinión, se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el art. 1 LO 6/1985. Aquí el Ministerio Fiscal sólo intervendrá como parte activa del procedimiento <<en defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes>> (art. 6 LO 5/2000), y todo será mucho más fácil.

SEGUNDA.- Procedimiento de determinación de la edad.

La edad del presunto delincuente determina la competencia judicial y, en ocasiones, la inimputabilidad del sujeto, por lo que su exacta determinación adquiere una importancia radical en determinadas ocasiones. Cometido el delito, las actuaciones destinadas a la determinación de la edad imputado formarán parte indispensable de las Diligencias Preliminares de Fiscalía, pero existen supuestos en que, sin infracción delictiva, también debe acreditarse la edad de un menor. Nos estamos refiriendo a los extranjeros indocumentados que se suponen menores de edad.

La LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero²⁶, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha dado una nueva redacción al artículo 35.1 y 2, y ahora atribuye la competencia para determinar la edad de los menores indocumentados cuya edad no pueda ser establecida con seguridad al Ministerio Fiscal, quien, tras recabar el auxilio de las instituciones sanitarias oportunas, los pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores²⁷.

²⁶ Antes de la reforma, el art. 35 LO 4/2000, de 11 de enero, era del siguiente tenor: <<(…) en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares (…)>>.

²⁷ Cuyo tenor literal es el siguiente:

<<Art. 35. *Residencia de menores*.- 1. En los supuestos en los que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores>>.